

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-23-33-000-2023-00094-00
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTES	PERSONERO MUNICIPAL DE ARANZAZU – CALDAS
DEMANDADOS	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL Y EL MUNICIPIO DE ARANZAZU

Para continuar con el trámite del proceso, procede el despacho a fijar fecha y hora para realizar la audiencia de Pacto de Cumplimiento.

En consecuencia, **FÍJESE** el día **VEINTITRÉS (23) DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y TREINTA (9:30) DE LA MAÑANA**, como día y hora para realizar la diligencia establecida en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

La audiencia se realizará a través de la plataforma Lifesize, y el link para ingresar es el siguiente (dar click):

<https://call.lifesizecloud.com/18904864>

Se advierte a las partes y demás intervinientes que deberán allegar con antelación a la audiencia los documentos que identifiquen al representante legal de las entidades, con las delegaciones que se realicen; de igual forma, en caso que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia únicamente al correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

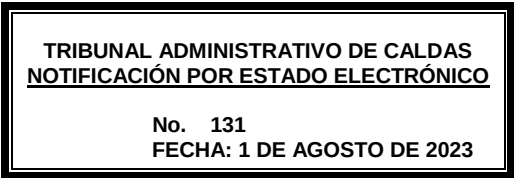
Al haber sido corregido en debida forma y reunir los requisitos de ley, se reconoce personería al abogado Pablo Marcelo Arbeláez Giraldo, portador de la TP 136.820 del CSJ, para actuar en nombre y representación del municipio de

Aranzazu, de conformidad con el poder que reposa en el archivo 29 del expediente digital.

Se reconoce personería para actuar en nombre y representación del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social a la abogada Diana Marcela Ortiz Grimaldo, portadora de la TP 150.039 del CSJ, como apoderada principal; y al abogado Jaider Losada Salgado, portador de la TP 189.722 del CSJ, como apoderado suplente; de conformidad con la Resolución 01155 del 7 de junio de 2023, y los demás documentos que reposan en el archivo #21 del expediente digital.

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: **8adb0d4be1b6856e0b639380c743cfc36328321b6f7e320948f8fc73c0e3c4**

Documento generado en 31/07/2023 02:11:39 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2023-00081-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	LUÍS CARLOS RÚA SÁNCHEZ
DEMANDADO	NACIÓN – UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO, MUNICIPIO DE MANIZALES, MUNICIPIO DE NEIRA, MUNICIPIO DE ANSERMA, MUNICIPIO DE CHINCHINÁ, MUNICIPIO DE PALESTINA, MUNICIPIO DE VILLAMARÍA
VINCULADOS	INSTITUTO NACIONAL DE GEOLOGIA – INGEOMINAS, Y CORPOCALDAS

Vista la constancia secretarial que antecede, y a la solicitud elevada por el apoderado del municipio de Chinchiná, se accede al aplazamiento de la audiencia de pacto programada para el **día PRIMERO (01) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA.**

En consecuencia, **FÍJESE el día VEINTICUATRO (24) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA,** como día y hora para realizar la audiencia establecida en el artículo 27 de la ley 472 de 1998, dentro del proceso de la referencia.

La audiencia se realizará a través de la plataforma Virtual, para lo cual se anexa al presente auto el link de acceso a la diligencia a fin de que los apoderados, y el Ministerio Público, se conecten desde un equipo con micrófono y cámara de video.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deberán allegar con antelación los documentos que identifiquen al representante legal de las entidades con las cédulas escaneadas o las delegaciones que se realicen, al igual que los teléfonos donde puedan ser ubicados; de igual forma en caso que

requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

Se recomienda a las partes y a los demás intervinientes que antes de ingresar a la plataforma donde se realizara la audiencia verifiquen la conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia. De igual forma se recomienda que la conexión se haga a través de un computador y 15 minutos antes de la hora fijada para llevar a cabo la audiencia.

Se les solicita a las partes que en caso de tener alguna dificultad lo comuniquen con antelación al Despacho a fin de tomar las decisiones que sean oportunas.

Link de acceso a la audiencia <https://call.lifesizecloud.com/18906244>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico No. 131 del 01 de agosto 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: **26cc7cec7dbb8a4ee9834d1fd840563d68e1b23a90d4d47a4b2bcac6b362339e**

Documento generado en 31/07/2023 03:48:38 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-23-33-000-2022-00196-00
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTES	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
DEMANDADOS	MINISTERIO DE TRABAJO
VINCULADO	AMPARO CUBIDES DE MORALES Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL EDIFICIO CUMANDAY

Se encuentra a despacho el presente proceso para fijar fecha y hora para continuar la audiencia de pacto de cumplimiento, de conformidad con lo decidido en la diligencia llevada a cabo el 19 de julio del año en curso.

Así las cosas, se fija como día y hora para continuar la diligencia establecida en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 el **TREINTA (30) DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y TREINTA DE LA MAÑANA (9:30 A.M.)**.

La audiencia se realizará a través de medios virtuales, y el link para ingresar a la plataforma Lifesize es el siguiente (dar click):

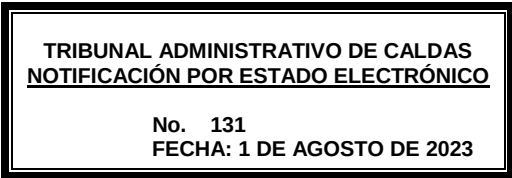
<https://call.lifesizecloud.com/18904940>

Por otro lado, se ordena que por la Secretaría de la Corporación se comparta al señor demandante y al Procurador Judicial el link para acceder a la documentación que reposa en el archivo #66 del expediente digital, la cual fue presentada por el Ministerio del Trabajo, para que puedan pronunciarse sobre ella en la diligencia de pacto de cumplimiento.

Se recuerda a las partes que, para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO



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

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

Código de verificación: **db9f398724189c4275ec00b7730a430bba29e415e4a7dd054bf4397e4804b205**

Documento generado en 31/07/2023 02:12:54 PM

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

17001-33-33-003-2014-00308-03

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4º DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 127

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 de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por la señora **MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ**, dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** y la señora **GLADYS TORRES HERNÁNDEZ**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

Se impetra la nulidad de las Resoluciones N° RDP 004565 de 1° de febrero de 2013 y N° RDP 020754 de 07 de mayo del mismo año.

A título de restablecimiento del derecho, implora:

- i) Se reconozca, liquide y pague a favor de la demandante **HIDALGO MARTINEZ** la pensión de sobrevivientes del señor **JAIME LONDOÑO PATIÑO (+)**.

- ii) Se ordene la UGPP al pago del retroactivo pensional desde el 24 de agosto de 2011, hasta la fecha en que sea liquidada la sentencia.
- iii) Se ordene a la UGPP a pagar en favor de la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ los intereses de mora, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A. sobre mesadas pensionales dejadas de percibir.
- iv) Se condene en costas a la parte demandada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Manifestó la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ que convivió con el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO durante 23 años, hasta el momento de su fallecimiento el 24 de agosto de 2011, y que de dicha unión nació JORGE ELIECER LONDOÑO HIDALGO. A su dicho agregó que residieron durante mucho tiempo en el Barrio ‘Las Colinas’ de Manizales, lugar donde produjo su deceso y donde le realizaban terapias y asistencia médica por la EPS SALUDCOOP.

Explicó que antes de iniciar su convivencia con el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+), éste se encontraba casado con la señora MIRIAM PATIÑO (+) desde el 10 de abril de 1950, y que dicho vínculo marital nunca fue resuelto. También mencionó que de ese matrimonio nacieron JAIME ARTURO y NORBERTO LONDOÑO PATIÑO.

Seguidamente, adujo la demandante que al señor LONDOÑO PATIÑO (+) le fue reconocida una pensión mediante Resolución N°10986 de 10 de marzo de 1993 proferida por CAJANAL, y que de allí se derivaba el sustento económico para ella y su hijo, por lo que, al momento del fallecimiento de su compañero, presentó la documentación a un abogado para que este promoviera el trámite para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes¹. No obstante, refirió que previo a ello, se presentó a reclamar la prestación la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, quien aseguró ser la compañera permanente del causante.

¹ Entiéndase sustitución pensional.

Finalmente indicó que pese al material probatorio aportado al trámite, la UGPP decidió reconocer la pensión de sobrevivientes del señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+) a la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, y que, con ocasión de la solicitud presentada por la accionante, dicha prestación fue dejada en suspenso hasta tanto en un proceso judicial se determine a cuál de las dos solicitantes le asiste el derecho a ser beneficiaria de la pensión.

NORMAS VIOLADAS
Y
CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como juicio valorativo de la infracción, mencionó que en el presente asunto están siendo transgredidos los artículos 46 y 47 del Estatuto de la Seguridad Social, que determinan que uno de los requisitos para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes corresponde a acreditar la convivencia con el causante durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

Finalmente precisó que si bien la señora GLADY TORRES HERNÁNDEZ sostuvo una relación con el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+), ésta no ocurrió durante los 5 años anteriores al fallecimiento.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR

➤ Con escrito visible a folios 112 a 117 del cuaderno principal, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la parte demandante, recalcando que la decisión adoptada por la entidad para el reconocimiento prestacional se ajusta a la Ley.

Para sustentar su posición, formuló los medios exceptivos que denominó:

- i) **‘PROCEDER LEGAL DE LA ENTIDAD DEMANDADA’**, por considerar que en el expediente administrativo obran declaraciones juramentadas de la convivencia ininterrumpida del señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+), tanto

con la señora GLADY TORRES HERNÁNDEZ, como con la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ, razón por la cual ante la controversia suscitada, se decidió suspender el pago de la prestación hasta que se defina vía judicial la beneficiaria de la prestación, o el porcentaje de asignación en caso de acreditarse la convivencia simultánea;

- ii) **‘PRESCRIPCIÓN’**, en virtud de lo previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y 151 del Código Procesal del Trabajo;
- iii) **‘LA GENÉRICA’**, para que se declare de oficio cualquier otra excepción que resultare probada en el proceso.

➤ Con memorial que obra a folios 127 a 141 del cuaderno principal, la señora **GLADYS TORRES HERNÁNDEZ**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y solicitó condenar en costas a la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ. Como sustento de su posición, explicó que convivió ininterrumpidamente con el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+) y que de su unión nacieron 4 hijos: María del Consuelo, Martha Lucía, Luis Gonzaga y Gloria Esperanza Londoño Torres.

Así mismo, formuló las excepciones que denominó:

- i) **‘RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN A LA SEÑORA GLADYS TORRES HERNÁNDEZ CONFORME A LA LEY’**, pues considera que de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por haber convivido durante más de 46 años, hasta el día del fallecimiento del causante, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión;
- ii) **‘ACTUACIÓN CEÑIDA EN TODO MOMENTO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE BUENA FE’**, en virtud de que la solicitud de reconocimiento prestacional presentada por la señora TORRES HERNÁNDEZ lo fue con la plena convicción del derecho que le asistía como compañera permanente del señor JAIRO LONDOÑO PATIÑO.

- iii) **‘INEXISTENCIA DEL DERECHO DE LA SEÑORA MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ’**, pues aduce que la relación entre el señor JAIME PATIÑO LONDOÑO y la demandante fue producto de una infidelidad, sin que ello hubiese afectado la convivencia permanente.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia datada el 21 de noviembre de 2018 /fls. 239 a 249 C.1/, la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales decidió declarar la nulidad de los actos administrativos enjuiciados, y ordenar el reconocimiento y pago de la pensión que en vida devengó el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO, en porcentaje de 50% para la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, y 50% para la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ.

Para fundamentar su decisión, la funcionaria judicial explicó que conforme a lo previsto en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, la compañera o compañero permanente, siempre que a la fecha del fallecimiento del causante el beneficiario tenga más de 30 años, y demuestre haber convivido durante los últimos 5 años de manera ininterrumpida.

Al referirse al caso concreto, indicó que conforme al material probatorio allegado al proceso, se pudo establecer que el señor JIME LONDOÑO PATIÑO (+) mantuvo una relación de convivencia simultánea con las señoras GLADYS TORRES HERNÁNDEZ y MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ. Lo anterior, en tanto los testimonios fueron consistentes en afirmar que la relación con ambas se mantuvo hasta el momento de su fallecimiento, y que ambas familias recibían soporte económico del causante.

LOS RECURSOS DE SEGUNDO GRADO.

La señora **GLADYS TORRES HERNÁNDEZ** /fls. 251 a 261 C.1/, solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar disponer que le asiste el

derecho a recibir la totalidad de la sustitución pensional del señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+).

Como sustento de su pretensión, manifestó que convivió ininterrumpidamente con el causante por más de 46 años y hasta el momento de su fallecimiento, y reiteró que de dicha unión nacieron 4 hijos. Por lo anterior, asegura que el vínculo que él pudo haber sostenido con la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ fue accidental.

Para sustentar su inconformidad con la decisión de primer grado, reprochó que la señora Jueza no analizó la totalidad del material probatorio aportado con la contestación de la demanda, pues pese a que fue aportado un CD con fotografías y videos tendientes a demostrar la convivencia exclusiva con el señor LONDOÑO PATIÑO (+), que fue decretado como prueba, y sobre el cual se le indagó al señor Santiago Londoño Gutiérrez al momento de recibir su testimonio, no existe en el fallo referencia alguna a dicho material, lo que, en su sentir, constituye un defecto que debe ser subsanado, máxime, en la medida que su valoración puede variar sustancialmente la decisión.

Luego, mencionó que los efectos producidos por la sentencia deben ser claros, expresos y exigibles, reprochando que el fallo de primera instancia no precisó la fecha a partir de la cual la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ percibirá el 50% de la pensión a cargo de la UGPP. Finalmente, adujo que debido a la relación de convivencia ininterrumpida que sostuvo con el señor LONDOÑO PATIÑO (+), solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, por lo que todos los dineros recibidos en virtud de ello, se encuentran amparados bajo el principio de la buena fe. Sobre este punto, solicitó hacer pronunciamiento expreso en la sentencia, toda vez que el silencio frente a ello deja en vilo la posibilidad de que resulte obligada a restituir valores que, itera, fueron percibidos de buena fe.

Por su parte, la **UGPP**, con escrito visible en los folios 262 a 265 del cuaderno principal, solicitó revocar la sentencia proferida por la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales, en tanto considera que los actos administrativos

demandados no son violatorios de ninguna norma constitucional ni legal, y que contrario a ello, los mismos se ajustan plenamente al ordenamiento jurídico.

Luego, se refirió al material probatorio recaudado en el trámite, para concluir que si bien los testigos reconocen que entre la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ y el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+) existía un vínculo, no son concluyentes para determinar que se trató de una relación de convivencia, sino mas bien de una relación amistosa de la cual no es posible predicar el acompañamiento espiritual permanente, el apoyo económico y el socorro mutuo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende, por modo la parte actora la nulidad de las N° RDP 004565 de 1° de febrero de 2013 y N° RDP 020754 de 07 de mayo del mismo año, proferidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, con las cuales se negó el reconocimiento de la sustitución pensional a la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto por la Jueza *A quo*, el problema jurídico a resolver en el sub-lite se contrae a la dilucidación del siguiente interrogante:

- ***¿Le asiste derecho a la demandante MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión de jubilación que recibía en vida el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO, en calidad de compañera permanente?***

En caso afirmativo,

- *¿A partir de qué momento tiene derecho al pago de la prestación?*
- *¿La actora excluiría en su totalidad de la sustitución de la pensión que fue reconocida a la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ?*

En caso negativo,

- *¿En qué proporción participaría cada una?*
- *¿Debe la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ reintegrar sumas de dinero percibidas con ocasión de la sustitución pensional que le fue reconocida por la UGPP?*

(I)

RÉGIMEN GENERAL DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL CONTENIDO EN LA LEY 100 DE 1993

En nuestro ordenamiento jurídico, de una u otra forma, se han contemplado mecanismos tendientes a proteger al núcleo familiar o al principal acompañante de quien fallece y que tuvo o tenía derecho a una pensión, evitándose así que la pérdida del ser querido que detentó la condición de pensionado o con expectativa legítima para ello, traiga consigo una afectación en las condiciones de subsistencia de la familia.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional² ha sostenido que existe un vínculo indiscutible entre la pensión de sobrevivencia y los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna, ya que esa prestación otorga a los beneficiarios la garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado.

Es menester anotar, que el régimen legal aplicable a la solicitud de sustitución pensional formulada por la nulidisciente MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ es el

² Sentencia T-140 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

establecido en la Ley 100 de 1993, habida cuenta que el causante JAIME LONDOÑO PATIÑO falleció el 24 de agosto de 2011, según Registro Civil de Defunción que milita a folio 9 del cuaderno 1.

De este modo, la Ley 100 de 1993, estableció el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y los requisitos que éstos deberían acreditar para acceder a tal prestación, señalando como factor determinante del derecho respecto del cónyuge o compañero(a) permanente supérstite, la “convivencia efectiva” al momento de la muerte del pensionado como una ratificación legal de la protección constitucional a la familia establecida en sus diversas formas, lo cual quedó expresado dentro de dicho ordenamiento en los siguientes términos:

“ARTICULO 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiera cumplido alguno de los siguientes requisitos:

(...)

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del

80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES; Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se

mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”
/Resaltado fuera de texto/.

Respecto al factor de convivencia efectiva entre parejas, éste fue abordado por el H. Consejo de Estado en Sentencia de 26 de julio de 2012³. Al respecto precisó que:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.

³ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

En esta línea, el Supremo Tribunal Constitucional en sentencia T-813 de 2013 señaló respecto del mencionado principio que:

“3. Principio material para la definición del beneficiario:

‘(...) la legislación colombiana acoge un criterio material - esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido’.

Criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante son, entonces, los elementos a ser analizados en cada caso concreto, con el objeto de determinar si dentro del primer orden de asignación la (el) cónyuge o la (el) compañera (o) permanente tienen derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.”/Destaca la Sala/

(II)

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

El derecho a acceder a la prestación vitalicia entendida como la sustitución del causante en su calidad de beneficiario de un derecho pensional, se equipara a derechos tales como la vida, el mínimo vital y la dignidad humana; la Corte Constitucional en sentencia C-1035 de 2008⁴, indicó respecto a este tema:

“...

De esta manera, con la pensión de sobrevivientes se pretende

⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

garantizar a la familia del causante el acceso a los recursos necesarios para garantizarse una existencia digna y continuar con un nivel de vida similar al que poseían antes de su muerte. Esta Corporación, específicamente refiriéndose a esta figura ha sostenido que su propósito:

“(...) es el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.

(...) Concretamente, la pensión busca [evitar] que ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, **“la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria (...)”** [Énfasis fuera de texto].

El H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, se refirió al derecho a la sustitución pensional, así:

“...

La Jurisprudencia de Colombia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia.

(...)”⁵.

Así entonces, la sustitución de una pensión se dirige a la protección de la familia sin discriminar el tipo de vínculo o a la manera en que se haya construido la misma, es decir, la relación jurídica y natural gozan de protección por el ordenamiento normativo, situación que a su vez encuentra sustento en lo preceptuado por el artículo 42 de la Constitución Política.

Bajo las anteriores premisas normativas, procede la Sala a verificar si en efecto, la demandante reúne los requisitos señalados en la norma para hacerse acreedora de la pensión jubilación que en vida disfrutaba el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+), si por el contrario, acertó la UGPP al concederla en favor de la codemandada GALDYS TORRES HERNÁNDEZ, o si, en caso de comprobarse convivencia simultánea, la misma debe asignarse en porcentaje a cada de una de ellas.

(III) EL CASO CONCRETO

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- ✚ Mediante Resolución N° 039325 de 22 de marzo de 2012, la UGPP ordenó la sustitución de una pensión de vejez a la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, en calidad de cónyuge o compañera supérstite del señor JAIME LONDOÑO PATIÑO, en la misma cuantía devengada por el causante /fls. 119 a 122/.
- ✚ El titular de la pensión, señor JAIME LONDOÑO PATIÑO, falleció el 24 de agosto de 2011, según Registro Civil de Defunción que obra a folio 9 del cuaderno principal, data para la cual la demandante tenía 59 años de edad, pues nació el 29 de enero de 1952, según copia de la cédula de ciudadanía visible en el archivo N° 72 del CD que reposa a folio 1 del cuaderno de antecedentes administrativos.

⁵ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 2410-2004, actor: Maria Lilia Alve ar Castillo.

✚ Con Resolución N° 004565 de 1° de febrero de 2013, la UGPP negó a la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor LONDOÑO PATIÑO, puesto que la misma había sido reconocida a la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ en calidad de compañera permanente, y además porque dentro de los términos fijados por la ley, ninguna otra persona se presentó reclamar la prestación ahora pretendida /fls. 2 a 4/.

✚ Respecto de la relación sostenida por el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO y la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ obran en el expediente las siguientes pruebas:

- Certificado proferido por la EPS SALUDCOOP el 29 de abril de 2013, en el cual se consigna que el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO estuvo hospitalizado en casa durante el mes de agosto de 2011 para manejo médico y terapia respiratoria, y que en las visitas realizadas se encontraba como acompañante la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ /fl. 11/.
- En declaración rendida ante el señor Notario 3° de Manizales el 29 de agosto de 2011, la señora HIDALGO MARTÍNEZ manifestó que reside en la Calle 66A # 40A - 26, y que convivió *“bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho y en unión marital de hecho ininterrumpidamente, desde el mes de febrero de 1988 con el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (...) hasta la fecha de su fallecimiento, hecho ocurrido el día 24 de agosto de 2011, en la dirección antes mencionada de este municipio y mientras se encontraba bajo mi cuidado, falleciendo prácticamente en mis brazos”* /fl. 28/.

En igual sentido rindieron declaración EMIR CASTAÑEDA GÓMEZ, MARÍA ESNEIDA CARDONA CARDONA, SANDRA PATRICIA SÁNCHEZ GAVIRIA, ANA DOLLY NAVARRETE DELGADO y NEFTALÍ GRANADOS CONDE, quienes manifestaron, además, que el señor LONDOÑO PATIÑO era quien velaba por el sustento económico del hogar. Así mismo, a excepción de los dos últimos declarantes, refirieron no tener conocimiento de otra persona

que pueda acreditarse como compañero (a) permanente del causante.
/fls. 19 a 27/.

También, se aportó declaración rendida por el señor JORGE ELIECER LONDOÑO HIDALGO, quien manifestó que es hijo de JAIME PATIÑO LONDOÑO y MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ, con quienes convivió desde su nacimiento hasta la fecha del fallecimiento de su padre el 24 de agosto de 2011, quien velaba por el bienestar económico de su hogar /fl. 27/.

- Según Oficio datado el 15 de abril de 2013, suscrito por la Directora de las Casas Funerales del Eje Cafetero de ‘Jardines de la Esperanza S.A.’, *“El señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (Q.E.P.D) fue recogido el día 24 de agosto de 2011 a las 10:05 de la mañana en la calle 66A N° 40A - 26 barrio las colinas y luego fue llevado a reconocimiento a saludcoop”* /fls. 12 y 13/.
- Mediante escrito dirigido a BANCOLOMBIA el 3 de junio de 2010, el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO autorizó a la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ, **en calidad de compañera permanente**, para que en su nombre reclamara el pago de la pensión y la prima de ese mes y año, y entregara el certificado de supervivencia. Este escrito fue suscrito ante el Notario Primero de Manizales /fl. 14/.
- El 27 de julio de 2011, el señor JAIME PATIÑO LONDOÑO le confirió poder a la señora MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ, para que en su nombre y representación cobrara la mesada pensional de ese mes y año ante BANCOLOMBIA. Este documento fue suscrito ante el Notario Tercero de Manizales /fl. 15/.
- A folio 18 del expediente reposa un CD que consta 3 archivos contentivos de un total de 7 fotografías, aportado con el escrito de demanda.

✚ Respecto de la relación sostenida por el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO y la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ se destaca el siguiente material probatorio:

- Con el escrito de contestación de la demanda, se aportó un CD /fl. 125/, que contiene un total de 92 archivos en los cuales se visualizan fotografías y un video.
- Obra a folio 126 del expediente, declaración juramentada rendida por la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ en la Notaría 4ª de Manizales el 28 de septiembre de 2011, en la cual manifestó que reside en la Carrera 40 N° 66 - 35, y que convivió de manera permanente con el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO, compartiendo techo, mesa y lecho desde el año 1965 hasta el día de su fallecimiento el 24 de agosto de 2011. A ello agregó que tuvieron 5 hijos y que él siempre se encargó de la manutención del hogar. Seguidamente afirmó desconocer sobre otras relaciones concomitantes, pero aclaró que él sí tuvo 3 hijos de relaciones anteriores.

✚ Respecto a la prueba testimonial recaudada en el sub lite, la Sala destaca lo siguiente:

TESTIMONIOS SOLICITADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

- **NORBERTO LONDOÑO:** Hijo del señor Jaime Londoño, reside en el Municipio de Chinchiná. Manifiesta que su padre vivió con la señora Martha Leticia Hidalgo por más de 20 años, que era ella quien le brindaba cuidado durante su enfermedad, y que fue en la casa de ella donde el señor Jaime Londoño falleció. También mencionó que ella se encargó de las honras fúnebres de su padre. A su dicho agregó que su padre era pensionado, y que las condiciones económicas del hogar eran muy regulares.

Preguntado por la señora Gladys Torres, indicó que si bien su padre tuvo una relación con ella y procrearon hijos, manifestó no tener relación con ellos. Aseguró que cuando el señor Jaime Londoño se separó de la señora

Gladys, este inició una relación con la señora Martha Leticia Hidalgo y que de vez en cuando los visitaba en su casa en el barrio 'Las Colinas'.

- **EMIR CASTAÑEDA GÓMEZ:** Indicó que cuando llegó a vivir al barrio 'Las Colinas' en el año 2001 fue vecino del señor Jaime Londoño y de la señora Martha Leticia Hidalgo. Así mismo mencionó que tenía una tienda en el sector, lugar a donde acudía la pareja para realizar su mercado hasta el día del fallecimiento del señor Jaime, quien -aduce- no solo fue su cliente sino también su amigo, por lo que le consta que la pareja convivía en la misma casa con su hijo Jorge Eliecer Londoño, fruto de dicha unión.

Preguntado por la señora Gladys Torres, refirió no conocerla, aunque acepta que vivía detrás de su casa y que sabe que ella tuvo hijos con el señor Jaime Londoño, aduce no conocer entre el señor Jaime Londoño y ella una relación de convivencia. También, expresó que las conversaciones con la pareja se daban en su negocio, o eventualmente cuando él pasaba y los veía en la puerta de la casa; sin embargo, precisó que nunca entró a la vivienda para hacer visitas de tipo personal. Finalmente, manifestó que el señor Jaime Londoño, nunca autorizó a persona distinta a la señora Martha Leticia Hidalgo para retirar víveres o mercado de su negocio.

- **SANDRA PATRICIA SÁNCHEZ GAVIRIA:** Refirió que conoce a la señora Martha Leticia Hidalgo porque han sido vecinas por más de 22 años. Sobre el señor Jaime Londoño, indicó que él era la pareja de la señora Martha Leticia, y que ellos, junto con su hijo Jorge, vivieron durante 6 años en una casa que ella misma les arrendó, y que fue el lugar donde falleció el señor Jaime y donde lo recogió la funeraria. Agregó que era él quien pagaba el arriendo y quien firmaba mes a mes los recibos de pago. Por tal razón, asegura que el señor Jaime Londoño era quien se encargaba de los gastos del hogar, ya que la señora Martha Leticia era ama de casa.

Agregó que durante su enfermedad, el señor Jaime dormía en la casa de la señora Martha Leticia, y que incluso, allá tenía una cama hospitalaria para facilitar su cuidado, dado que tuvo periodos de hospitalización en casa.

Preguntada sobre la señora Gladys Torres, manifestó no conocerla, aunque reconoció que saber que el señor Jaime tuvo otros hijos, fruto de una unión anterior. Finalmente indicó que si bien el señor Jaime Londoño pasaba sus noches con la señora Martha Leticia, desconoce qué hacía él durante el día o qué hacía cotidianamente.

- **AURORA RESTREPO DE GÓMEZ:** Refirió que fue vecina de la pareja conformada por Martha Leticia Hidalgo y Jaime Londoño, y preguntada sobre algunos aspectos de dicha relación, mencionó que tuvieron un hijo juntos y que fueron más de 15 años de convivencia durante los cuales él se encargó del sostenimiento del hogar. Agregó que fue precisamente en la casa de la señora Martha Leticia donde el señor Jaime Londoño falleció, y que era en ese lugar donde se le prestaban los cuidados durante su enfermedad; sobre el particular también refirió que Consuelo, hija del señor Jaime, se encargaba de llevarlo a las limpiezas y curaciones de la tráquea. Para sustentar su dicho, mencionó que ella, ocasionalmente, era quien le aplicaba las inyecciones al señor Jaime durante su enfermedad, y que por tal razón, además de la amistad que los unía, es que conoce detalles de cómo vivía la pareja.

Preguntada sobre la señora Gladys Torres Hernández, adujo que fue una señora que convivió con el señor Jaime Londoño. Sobre el particular, profundizó expresando que el mismo señor Jaime le comentó, que cuando se enfermó, quiso volver a la casa de la señora Gladys, y que de allá lo habían echado bajo el argumento de que que podía ir a visitarlos y comer allá, pero que no podía volver a vivir con ellos. Por lo anterior reiteró que si bien el frecuentaba la casa de la señora Gladys Torres, su convivencia era con la señora Martha Leticia.

- **LUIS ALBERTO TIRADO VALENCIA:** Manifestó que conoce a la señora Martha Leticia Hidalgo, y que vive desde hace más de 20 años frente a la casa donde ella convivió con el señor Jaime Londoño y con su hijo Jorge. Aduce que la convivencia se dio hasta el momento del fallecimiento del señor Jaime; sin embargo, mencionó que él era una persona muy seria y de poco trato con

los vecinos, por lo que dice desconocer detalles de la relación que sostenía con la señora Martha Leticia. A su relato, agregó que el señor Jaime Londoño salía todos los días temprano de la casa, y llegaba por la tarde; no obstante, manifiesta no saber a dónde se dirigía ni cuáles eran sus actividades durante el día.

Preguntado por la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, manifestó no conocerla ni saber si reside en el mismo barrio, pero afirmó que sí conoce de toda la vida a los hijos que ella tuvo con el señor Jaime Londoño. Frente a ello refirió que ellos lo visitaban en la casa de la señora Martha Leticia cuando se encontraba enfermo.

Finalmente, indagado sobre la enfermedad que padeció el señor Londoño, indicó que murió de cáncer en la garganta y que fue la señora Martha Leticia Hidalgo quien se encargó de sus cuidados y de los traslados para las revisiones médicas.

- **MARÍA ESNEDA CARDONA CARDONA:** Refiere que conoce a la señora Martha Leticia Hidalgo porque vivió con el señor Jaime Londoño en los bajos de su casa durante 9 años, y que luego se pasaron para una casa ‘a la vuelta’, lugar donde falleció el señor Jaime. También mencionó, que ellos vivían junto con su hijo Jorge, y que todos los gastos del hogar estaban en cabeza del señor Londoño.

Sobre la enfermedad del señor Jaime Londoño, refirió que estuvo más o menos dos años reducido a la cama por un diagnóstico de cáncer de cuello, y que, en ocasiones cuando lo tenían que trasladar a la clínica, lo hospitalizaban, y cuando le daban de alta volvía a la casa de la señora Martha Leticia. Sobre este punto también manifestó que solían visitarlo en la casa, mas o menos cada 3 días debido a su enfermedad.

Sobre la señora Gladys Torres Hernández, indicó que la conoce porque vive cerca a su casa, aunque recalcó que no han sido amigas. También refirió conocer que ella tuvo hijos con el señor Jaime Londoño, y que, pese a que

ellos se separaron hace mucho tiempo, él iba y les daba vuelta, los visitaba, y se encargaba también de los gastos de ese hogar. Sus hijos, también estaban siempre pendientes de su estado de salud y lo visitaban la casa de la señora Martha Leticia.

TESTIMONIOS PARTE DEMANDADA - GLADYS TORRES HERNÁNDEZ

- **LUIS GUILLERMO LÓPEZ JIMÉNEZ:** Manifestó conocer a la señora Gladys Torres desde el año 1980, dado que él tenía un negocio en el barrio ‘Malabar’ llamado el ‘Kiosko de Memo’, al cual acudía ella con su pareja, el señor Jaime Londoño. Así mismo, refirió conocer aspectos íntimos de la familia, dado que uno de sus hermanos es casado con María Consuelo, hija de la señora Gladys y del señor Jaime Londoño, razón por la cual pudo asegurar que eran unos padres preocupados por la educación de sus hijos y que eran una familia católica muy unida, y que el sustento del hogar provenía de los ingresos del señor Jaime.

También adujo que la relación entre ellos duró hasta el fallecimiento del señor Jaime Londoño, y que su cuñada Consuelo se encargaba de llevarlo a las citas médicas y de realizarle las curaciones. Sin embargo, mencionó que hasta el año 2005 tuvo su negocio en el barrio ‘Malabar’, y que, desde esa fecha solo tuvo conocimiento de la pareja por lo que le contaba María Consuelo; incluso, una vez se le preguntó por la fecha de la muerte manifestó no saber cuándo ocurrió ni en qué lugar.

Preguntado por la señora Martha Leticia Hidalgo, manifestó no saber si convivió con ella, en tanto el se fue del barrio en el año 2005, y que de ella sólo puede decir que en ocasiones visitaba su negocio.

Finalmente, refirió conocer a Jorge Eliecer Londoño, hijo menor del señor Jaime Londoño, y que éste vivía con su mamá, pero dice desconocer quién era la señora.

- **GLORIA LIZET CEBALLOS SANTA:** Indicó que conoce a la señora Gladys Torres desde que tiene 10 años de edad, porque vivió frente a su casa y su madre es la mejor amiga de la señora Gladys, y que una vez se casó y abandonó la vivienda, seguía visitando el sector y visitando la familia. Aduce que nunca supo que la señora Gladys y el señor Jaime Londoño se hubieran separado, y que de hecho era él quien sufragaba los gastos del hogar, se encargó de la educación de los hijos que tenían en común, y la tenía afiliada a la seguridad social.

Seguidamente, mencionó que conoce a la señora Martha Leticia Hidalgo porque también era vecina de la casa de su mamá, también reconoce que el señor Jaime Londoño tuvo un hijo con ella, y que de hecho convivían juntos. Sobre el particular, amplió su declaración indicando que la señora Martha Leticia y Consuelo -hija del señor Jaime- vivían pendientes de los cuidados de salud de él, y que fue precisamente en la casa de la señora Martha Leticia donde el señor Jaime falleció.

Finalmente, expresó que no puede decir cuánto tiempo pasaba con cada una de ellas, ni cómo repartía él su tiempo, y mucho menos en cuál de las dos casas tenía sus pertenencias; pero reiteró que fue mucho el tiempo en el que convivió con ambas.

- **SANTIAGO LONDOÑO:** Inició su relato indicando que es nieto de la señora Gladys Torres Hernández y de el señor Jaime Londoño, y que vive en la casa de sus abuelos desde que tiene 2 meses de edad, dado que sus padres no son pareja y sus abuelos se hicieron cargo de él, por esta razón manifiesta conocer detalles de la relación que sostuvo la demandada con el señor Jaime Londoño.

Sobre el particular refirió que la relación entre ellos fue ininterrumpida hasta el momento fallecimiento de su abuelo, quien -aduce- se encargaba de todos los gastos y la manutención del hogar. Para brindar mayores detalles, sostuvo que el señor Jaime lo enviaba con una lista a la tienda del señor 'Emir' con los elementos del mercado requeridos. Mencionó también

que la relación entre sus abuelos fue muy bonita, que siempre se quisieron mucho, y que en su casa era donde permanecía la mayor parte del tiempo. También refirió que era allí donde se reunían para celebrar fechas especiales como cumpleaños, navidades y año nuevo.

Preguntado sobre las manifestaciones de otros testigos sobre la relación del señor Jaime Londoño con la señora Martha Leticia Hidalgo, indicó que ellos dos tuvieron un hijo llamado Jorge, y que él se hacía cargo de todos sus hijos, razón por la cual pagaba el arriendo y los gastos de la casa donde vivía Jorge con su madre. Indagado puntualmente sobre la convivencia entre ellos, refirió que su abuelo dormía a veces en casa con su abuela, a veces se quedaba en la casa de su hijo Jorge, y en otras ocasiones pasaba la noche donde la familia que tenía en Chinchiná, y recalcó que el hecho de que su abuelo pasara noches en la casa de la señora Martha Leticia, donde -afirmó- dormían en camas independientes, no significa que convivía con ella.

Cuando se le puso de presente que algunos testigos manifestaron que el señor Jaime Londoño pasaba las noches en casa de la señora Martha Leticia Hidalgo, y que de allí salía temprano, adujo que su abuelo mantenía de “de aquí para allá y de allá para acá”, que obviamente había momentos en los que él salía de su casa para donde su hijo Jorge, y que de hecho, en ocasiones, lo buscaban allí cuando lo necesitaban. Así mismo refirió que su abuelo solía frecuentar un billar de la zona, pero que siempre llegaba a su casa con el mercado para el almuerzo, y que eran excepcionales las ocasiones en las que no se quedaba en casa con su abuela Gladys.

Sobre los cuidados que recibió el señor Jorge Londoño por parte de su familia durante la enfermedad, precisó que debido al padecimiento de cáncer de garganta, sus tíos y toda su familia siempre estuvieron pendientes de él. Así mismo, explicó que el fallecimiento ocurrió en la casa de la señora Martha Leticia Hidalgo Martínez, dado que durante los últimos días de su vida estuvo hospitalizado, y 3 días antes de morir, cuando le dieron el alta, lo estaba acompañando la señora Martha Leticia, razón por la cual lo llevó directo a su casa. No obstante, indicó que la señora Gladys también pasaba jornadas

en la clínica acompañándolo y haciéndole las curaciones necesarias, y que de hecho fue su abuela y sus tíos quienes se encargaron de los trámites exequiales ante el seguro con el que contaba el señor Jaime Londoño.

Una vez le fueron puestas de presente las fotografías y los videos que obran en el expediente, refirió que el material audiovisual fue grabado por su tía Gloria el 31 de diciembre de 2010. Frente a las fotografías, mencionó él tomó aquellas correspondientes al 25 de mayo de 2011, fecha en la cual celebraron el cumpleaños de su abuelo Jaime, y que fueron tomadas en casa de su tía; agregó que en dicha celebración estaban presentes sus abuelos, sus tíos y sus primos.

Finalmente, aportó un formulario de afiliaciones de SALUDCOOP EPS suscrito por el señor Jaime Londoño el 18 de abril de 2008, en el cual relacionó en el campo de ‘Compañero (A)’, a la señora Gladys Torres Hernández. De este documento se corrió a traslado a los demás sujetos procesales en desarrollo de la audiencia de pruebas.

- **LEIDY JOHANA VALENCIA NÚÑEZ:** Manifestó no tener parentesco con ninguno de los sujetos procesales; sin embargo, refirió que conoce a la señora Gladys Torres de toda la vida, dado que fue ella quien la cuidó durante su infancia y adolescencia, mientras su mamá trabajaba. Por lo anterior, supo de la convivencia de la señora de la señora Gladys con el señor Jaime Londoño.

Sobre el particular, mencionó que ellos siempre fueron una familia muy unida junto con sus hijos, y que el sustento del hogar provenía de los ingresos del señor Jaime. Indicó que tiene conocimiento de ello, porque solía acompañar a Santiago, nieto de la pareja, a la tienda del señor Emir para comprar productos para el hogar.

También, manifestó que el señor Jaime permanecía en su casa, que había ocasiones en las que él salía a hacer sus cosas, pero que siempre permanecía en la casa de la señora Gladys con su familia. Agregó que incluso las fechas

especiales las celebraban en familia, y que de hecho, ella los acompañó en la celebración del 31 de diciembre de 2010 y en el día del cumpleaños del señor Jaime.

Preguntada sobre la señora Martha Leticia Hidalgo, adujo que sabe que ella tuvo un hijo con el señor Jaime Londoño, llamado Jorge, pero manifestó desconocer más detalles dado que nunca los vio juntos, ni supo vio que su hijo lo visitara en la casa de la señora Gladys.

INTERROGATORIO DE PARTE - GLADYS TORRES HERNÁNDEZ:

Manifestó que convivió con el señor Jaime Londoño en el barrio ‘Las Colinas’ durante más de 42 años, y que con ella era con quien pasaba la mayor parte del tiempo, desde la mañana hasta la tarde. Sobre las noches refirió que a veces se quedaba con ella, otras veces dormía donde su hijo Jorge, y que incluso en ocasiones amanecía en Pereira, en Santa Rosa o en Chinchiná. También mencionó que el señor Jaime era quien se encargaba de los gastos del hogar, que siempre dejaba ‘boleticas’ para que su nieto fuera por las cosas para el mercado donde el señor Emir, y que se encargaba del pago de las facturas y de los servicios de salud.

Preguntada sobre la relación del señor Jaime Londoño con la señora Martha Leticia Hidalgo, refirió que ellos tuvieron un hijo juntos, llamado Jorge, y que él siempre respondió por él, y recalcó que su pareja siempre fue enfática al afirmar que con la señora Martha Leticia no tenía nada. Por lo anterior, indicó no tener conocimiento sobre si él pasaba tiempo con ella. No obstante, reconoció que fue en la casa de ella donde se produjo el fallecimiento del señor Jaime, y que ello sucedió así porque cuando le dieron salida del hospital él estaba acompañado por la señora Martha, quien se lo llevó para su casa. Así mismo, mencionó que aunque el señor Jaime siempre cobraba su pensión, en alguna oportunidad le dio una autorización a la señora Martha Leticia para que hiciera el cobro de la mesada, dado que él estaba hospitalizado, y sus hijos estaban a su cuidado.

En el *sub examine* reclaman la sustitución pensional las señoras GLADYS TORRES HERNÁNDEZ y MARTHA LETICIA HIDALGO, ambas en calidad de compañeras permanentes del señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+); por ello, de conformidad con los elementos de juicio aportados a la actuación, y para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala de Decisión emite las siguientes conclusiones:

Tanto la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ como la señora MARTHA LETICIA HIDALGO, dicen haber convivido y acompañado al causante hasta el día de su fallecimiento; ambas defienden también haber compartido de manera ininterrumpida lecho, techo y mesa, apoyo físico, moral y ayuda mutua. Para soportar sus afirmaciones, las dos reclamantes se valieron de declaraciones juramentadas rendidas ante Notario, así como de los testimonios de personas cercanas a sus respectivos hogares, y cada testigo asegura que el señor Jaime Londoño Patiño convivía y hacía vida común con una y otra persona.

Lo que en principio pudiera interpretarse como afirmaciones contradictorias y, por ende, de cuestionable veracidad y valor probatorio, a juicio de la Sala denota que el causante de la pensión que aquí se reclama sostuvo una convivencia simultánea con las dos compañeras sentimentales, conformó dos hogares paralelos, procreó hijos con ambas, procuró su crianza, y veló por el sustento económico de las familias, tal como lo decidió la operadora judicial de primera instancia. Al respecto, es importante mencionar que según los testimonios de las señoras MARÍA ESNEDA CARDONA CARDONA y GLORIA LIZET CEBALLOS SANTA, el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+) convivía tanto con la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ como con la señora MARTHA LETICIA HIDALGO, y sufragaba los gastos de ambos hogares; y si bien existen otras declaraciones que dan cuenta de la convivencia exclusiva del causante con la señora HIDALGO (Emir Castañeda, Sandra Patricia Sánchez Gaviria, Luis Alberto Tirado Valencia), los mismos son contestes en afirmar que no conocen mayores detalles de la relación, ni el lugar a dónde se dirigía el señor Jaime Londoño cuando dejaba la casa de la señora Martha Leticia Hidalgo, ni de cómo él repartía su tiempo.

También se destaca la declaración rendida por el señor SANTIAGO LONDOÑO, nieto del señor Jaime Londoño y de la señora Gladys Torres, en la cual mencionó que su abuelo visitaba con frecuencia y hasta en ocasiones pasaba la noche en la casa de su hijo Jorge Eliecer y la señora Martha Leticia Hidalgo; incluso adujo que a veces debían ir a buscarlo, y refiriendo que, *“él obvio me mostró dónde vivía él por si él no estaba en la casa y lo necesitáramos, fuera a buscarlo”*.

Así mismo, ha de recordarse que obran en el cartulario dos manifestaciones realizadas por el señor JAIME LONDOÑO PATIÑO (+), con las cuales es viable reafirmar la convivencia simultánea que sostuvo tanto con la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, como con la señora MARTHA LETICIA HIDALGO, así:

- Formulario de afiliación a la EPS SALUDCOOP, suscrito el 18 de abril de 2008, en el cual relacionó en el campo de beneficiarios a la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ como su compañera permanente;
- Autorización dirigida al Banco BANCOLOMBIA, suscrita el 3 de junio de 2010 ante el Notario Primero de Manizales, a efectos de que la señora MARTHA LETICIA HIDALGO, en calidad de compañera permanente, realizara el cobro de su mesada pensional.

Frente al reproche realizado por el apoderado de la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, frente a la valoración del material fotográfico y audiovisual, existen presupuestos que han de ser cumplidos a cabalidad con el fin de determinar el valor probatorio del material aportado, presupuestos contenidos en el artículo 244 del CGP, el cual establece que,

“DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”.

Frente a estos presupuestos el H. Consejo de Estado ha expuesto que⁶,

“El valor probatorio de las fotografías y los hechos que con ellas se documentan. El material fotográfico, como medio de prueba, se enlista dentro de las denominadas documentales y, en tanto documento, reviste de un “carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo”. De ahí que, “[l]as fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse”, con lo cual, el valor probatorio que puedan tener “no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición”.

En otras palabras, para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten. Reconocer esto, sin embargo, no supone a priori ignorar su mérito probatorio sino situarlo en el contexto de su carácter representativo.

Mayor complejidad afronta este medio de prueba si, además, se allega en fotocopia; indiscutiblemente, tal presentación “impide distinguir con claridad el objeto que representan”. No obstante, tal como ya se dijo, no se puede desestimar por anticipado su incidencia sin antes haberla analizado a la luz del

⁶ CONSEJO DE ESTADO NR: 2193408 05001-23-31-000-2005-04635-01 46697 Fecha:19/11/2021 M.P. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

conjunto probatorio que la acompaña y dentro de los postulados de la sana crítica.”

Así pues; y también de conformidad con la jurisprudencia en cita, mediante las fotografías ilustran situaciones que cobran veracidad en la medida en que las mismas son corroboradas por diferentes medios probatorios, como lo fue mediante el testimonio del señor Santiago Londoño Gutiérrez, quien manifestó que tomó las fotografías correspondientes al 25 de mayo de 2010, por lo que cuentan con la ratificación necesaria para ser valoradas.

Bajo esa línea de intelección, las fotografías tomadas por el señor LONDOÑO GUTIÉRREZ corresponden a un evento familiar, no lográndose determinar con ellas la convivencia exclusiva con la señora Gladys Torres Hernández. Corolario de anterior, la Sala resalta que, si bien no hubo manifestación frente a los CD'S contentivos de fotos y videos por parte de la jueza *A quo*, los mismos no enmarcan una situación diferente a la ya demostrada, no logrando de esta forma constituir un parámetro que permita adoptar una decisión diferente.

Colofón de lo expuesto, resulta palmario para esta Sala de Decisión, tal como lo determinó la operadora judicial de primera instancia, le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución pensional ambas ciudadanas, las señoras GLADYS TORRES HERNÁNDEZ y MARTHA LETICIA HIDALGO, con ocasión de la convivencia simultánea que sostuvieron con el hoy occiso JAIME LONDOÑO PATIÑO, ostentando en ambos casos una auténtica vida marital, conformando hogar con su respectivo apoyo físico, moral y ayuda mutua.

Habida cuenta que en la sentencia de primera instancia no se realizó pronunciamiento alguno sobre el momento a partir del cual se daría el reconocimiento en los porcentajes establecidos, habrá de precisarse que para la señora MARTHA LETICIA HIDALGO lo será a partir del día siguiente a la muerte del causante, esto es, desde el 25 de agosto de 2011; y para el caso de la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, el pago del valor correspondiente al 50% de la mesada pensional del señor LONDOÑO PATIÑO, lo será a partir del día siguiente del día en que fue suspendido el pago de la prestación por parte de la UGPP.

(IV)
SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS PAGADAS

Toda vez que la pensión será reconocida en porcentajes iguales a las señoras MARTHA LETICIA HIDALGO y GLADYS TORRES HERNÁNDEZ, y a que el reconocimiento prestacional realizado por la UGPP había entregado el 100% de la sustitución pensional a esta última, ha de determinarse entonces si procede la orden de reintegro de los dineros percibidos por este concepto.

Lo primero que ha de tener en cuenta este Juez Plural es que los actos administrativos se encuentran arropados por la presunción de legalidad, como lo ha prescrito el H. Consejo de Estado⁷:

“...

Como es bien sabido, la presunción de legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad o de “justicia” de que están dotados los actos administrativos y que le da plena eficacia y obligatoriedad a esta manifestación de la actividad de la Administración, supone que todo acto administrativo está conforme al ordenamiento jurídico superior. Se trata, por supuesto, de una presunción legal o iuris tantum y no iuris et de iure, vale decir, que admite prueba en contrario y por lo mismo es desvirtuable ante los jueces competentes (...).”.

Así mismo, el artículo 83 constitucional sobre el principio de la buena fe, indica que,

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacios, Radicación N° 05001-23-31-000-1995-00424-01(16503).

Dicho principio de orden superior en consonancia con tal aspecto, la Ley 1437 de 2011 establece en su tenor literal en el mandato 164,

“OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”
/Resalta el Tribunal/.

Dicho mandato ha sido interpretado por el H. Consejo de Estado⁸ bajo el amparo de la buena fe, quien sobre el particular, ha sostenido:

“ ...

La Sala insiste que la buena fe se presume en la actuación de los particulares ante las autoridades, por tanto, debe desvirtuarse. Es así que la UGPP tenía la carga de acreditar que la señora Lozano no obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino que por el contrario acudió a maniobras engañosas o documentos falsos, para inducir en error a la administración y a las autoridades judiciales.

...”

De conformidad con lo anterior, toda vez que la UGPP no acreditó la mala fe de la señora GLADYS TORRES HERNÁNDEZ durante los trámites de reconocimiento de sustitución pensional, los dineros percibidos lo fueron bajo el imperio del principio de

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: César Palomino Cortés. Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00717-01(0991-17). Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. Demandado: Luz Dary Lozano.

“confianza legítima” en las autoridades judiciales y la convicción de que le asistía el derecho reclamado, razón por la cual no ordenará la devolución de dineros obtenidos de buena fe, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

COSTAS.

Teniendo en cuenta que habrá de modificarse la sentencia de primera instancia, no habrá condena en costas en esta instancia, por no darse los supuestos del canon 365 numerales 3 y 4 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

MODIFÍCASE el ordinal **TERCERO** de la sentencia dictada por la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales, el cual quedará así:

ORDÉNASE a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, reconocer y pagar a favor de las señoras **MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ** y **GLAYS HERNÁNDEZ TORRES**, la pensión que en vida devengó el señor **JAIME LONDOÑO PATIÑO**, siguiendo, además de las pautas contenidas en la sentencia, las siguientes:

- Para la señora **MARTHA LETICIA HIDALGO MARTÍNEZ**, un porcentaje equivalente al 50%, a partir del día siguiente a la muerte del causante.
- Para la señora **GLADYS TORRES HERNÁNDEZ**, en porcentaje equivalente al 50% a partir del día siguiente a la suspensión del pago de la prestación por parte de la UGPP, sin que haya lugar al reembolso de los dineros recibidos de buena fe.

CONFÍRMASE en lo demás la sentencia proferida por Jueza 8ª Administrativa de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MARTHA LETICIA HIDALGO MARTINEZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** y la señora **GLADYS TORRES HERNANDEZ**.

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.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 037 de 2023.

NOTIFÍQUESE



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, veintiocho (28) de Julio de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Reparación Directa
Radicación:	17 001 33 33 001 2015 00277 00
Demandante:	Transportes especiales y de carga Gran Turismo S.A.S.
Demandado:	Municipio de la Dorada
Providencia:	Sentencia No. 130

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones de la demandante, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de noviembre de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

El accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Se declare administrativa y patrimonialmente (SIC) a la Alcaldía Municipal de La Dorada por los daños causados con la omisión administrativa de no suscripción del contrato adjudicado mediante la Resolución 1287 del 17 de septiembre de 2013.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se cancelen las sumas equivalente al daño causado a TRANSPORTES ESPECIALES Y DE CARGA GRAN TURISMO S.A.S. desde la fecha en que se debió suscribir el contrato adjudicado (25 de septiembre de 2013) hasta el día en que cese la omisión, perjuicios que se estiman a la fecha de presentación de la demanda en SESENTA MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS MCTE (\$ 60.709.308,00), representados en los gastos en que se debió incurrir por la negativa a suscribir el contrato reflejados en los honorarios de abogado,

penalidades por el incumplimiento de contratos celebrados para la puesta en marcha de los servicios contratados y costos financieros.

TERCERA: Se actualicen las sumas de dinero pretendidas aplicando en la liquidación la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

CUARTA. Se condene en costas y se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 187, 188 y 189 del del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Se precisan las pretensiones subsidiarias de la siguiente manera:

En caso de que la Alcaldía Municipal de La Dorada no cese en la omisión administrativa consistente en la no suscripción del contrato adjudicado mediante Resolución 1287 del 17 de septiembre de 2013 las pretensiones subsidiarias son las siguientes:

PRIMERA: Se declare administrativa y patrimonialmente (SIC) a la Alcaldía Municipal de La Dorada por los daños causados con la omisión administrativa de no suscripción del contrato adjudicado mediante la Resolución 1287 del 17 de septiembre de 2013 y por ende se reconozca la suma equivalente al veinte por ciento (20%) de valor de la propuesta económica ganadora que corresponde a la utilidad esperada del contrato no suscrito más los intereses corrientes y moratorios a partir de la fecha en que se debió celebrar ejecutar y pagar el contrato correspondiente al proceso de licitación 005 de 2013.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se cancelen las sumas equivalente al daño causado a TRANSPORTES ESPECIALES Y DE CARGA GRAN TURISMO S.A.S. por la no suscripción del contrato fruto del proceso licitatorio 005 de 2013, perjuicios que se estiman a la fecha de presentación de la demanda en SESENTA MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS MCTE (S\$ 60.709.308,00), representados en los gastos en que se debió incurrir por la negativa a suscribir el contrato reflejados en los honorarios de abogado, penalidades por el incumplimiento de contratos celebrados para la puesta en marcha de los servicios contratados y costos financieros.

TERCERA: Se actualicen las sumas de dinero pretendidas aplicando en la liquidación la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo

CUARTA. Se condene en costas y se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 187, 188 y 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que el 17 de septiembre de 2013 la Secretaría General y Administrativa de la alcaldía municipal de La Dorada, Caldas expidió la resolución número 1287 mediante la cual adjudicó la Licitación pública Nro. 005-2013 cuyo objeto es la Contratación de Servicio de Transporte Escolar Terrestre para 700 estudiantes del área rural del municipio.

- Que el valor de la propuesta económica adjudicataria dentro del proceso de selección era de \$323.271.500 y que, la empresa adjudicataria Transporte Especial y de Carga Turismo S.A.S. estaba presta a la suscripción del contrato fruto de la licitación número 005 de 2013, en las condiciones fijadas en la propuesta, sin que la alcaldía haya hecho efectiva la suscripción del contrato.

- Sostiene el demandante que, la alcaldía de la Dorada, no ha elaborado ni suscrito contrato alguno por la suma establecida en la propuesta económica ganadora, y ha presentado a Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. borradores de minuta por valores ostensiblemente diferentes al valor adjudicado pretendiendo la suscripción de un contrato en condiciones distintas a las establecidas en la licitación 005 de 2013 y a la propuesta ganadora; omisión que ha causado graves perjuicios a dicha empresa, quien, una vez adjudicado el contrato, ha debido celebrar a su vez otros contratos para dar cumplimiento al objeto contratado.

- Aduce que, suscribió un contrato de prestación de servicios para la coordinación de la ejecución contractual por valor equivalente al 10% del valor del contrato que debía celebrarse entre las partes, en virtud del proceso licitatorio 005 de 2013, esto es, por la suma de \$32.327.150, contrato que fue resuelto mediante documento privado el 22 de noviembre de 2013, debiendo cancelar la cláusula penal pecuniaria equivalente al 20% del valor del contrato.

- Sostiene que suscribió convenio de asociación para la prestación de servicios de transportes celebrado con la empresa Líneas Nacionales de Transporte S.A. cuyo objeto era el suministro de vehículos de transporte escolar con conductor para la movilización de 700 estudiantes del área rural del municipio de La Dorada, valor equivale al 60% del valor del contrato que se debía celebrar entre las partes; contrato que fue resuelto mediante documento privado del 22 de noviembre de 2013, debiéndose cancelar la cláusula penal pecuniaria

equivalente al 20% del valor del contrato, menos un descuento otorgado por voluntad de las partes del 3%.

- Refiere que, adicional a los contratos en mención, desde el 25 de septiembre de 2013 Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. se vio en la necesidad de contratar los servicios profesionales de un abogado, para recibir asesoría ante la negación del municipio de La Dorada de suscribir el contrato pactado, y para terminar de común acuerdo los contratos suscritos.

- Que, con el fin de sufragar los gastos de terminación del contrato, la mencionada empresa de transporte celebró contrato de mutuo que consta en pagaré por la suma de \$48.000.000 a favor del señor Giuseppe Salvatore Scopetta Torres, suscrito el 15 de noviembre de 2013, el cual fijó unos intereses mensuales por el capital en préstamo.

3. Contestación de la demanda. (Fls. 125 a 135 C. 1)

El municipio de la Dorada, Caldas contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y refiere que fue la misma demandante, en cabeza de su representante legal la que se negó a la suscripción del contrato, afirmando que éste no corresponde al valor presentado en la propuesta.

Sostiene además que, la empresa de Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. exigía firmar el contrato por una cuantía que ya no resultaba posible ejecutar, pues el objeto del contrato estaba relacionado directamente con el calendario escolar, el cual estaba próximo a vencerse, así como es imposible la suscripción del contrato al momento de contestación de la demanda, pues el año fiscal 2013 ya finalizó.

Refiere que no hay lugar a ninguna de las pretensiones, ni las principales, ni las subsidiarias, y que, una cosa es la celebración del contrato, otra la ejecución y otra el pago.

Finalmente, propone las excepciones que denomina *“Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones”, “Cobro de lo no debido”, e “Inexistencia de los perjuicios alegados”*.

4. Sentencia de primera instancia. (Fls. 226 a 235 C. 1.1.)

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia 329 de 07 de noviembre de 2019 resolvió:

“PRIMERO: Declarar probadas las excepciones denominadas "cobro de lo no debido" e "inexistencia de los perjuicios alegados", de acuerdo a lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior, NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa promovió por conducto de apoderado judicial la Empresa de Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A. en contra del municipio de La Dorada.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Por agencias en derecho se fija la suma de tres millones treinta y cinco mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos (\$3.035.465), correspondiente al 5% del valor de las pretensiones negadas de la demanda.

CUARTO: Desde ya se autoriza la expedición de copias auténticas de la presente sentencia que soliciten las partes procesales de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

QUINTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo de Justicia Siglo XXI. De existir saldo en la cuenta de gastos, devuélvanse los dineros respectivos, luego de efectuar su liquidación por Secretaría.”

El Juez de primera instancia, una vez estudiadas las pruebas que reposan en el asunto, considera que, el municipio de la Dorada efectivamente inició proceso licitatorio número 005 de 2013, y que adjudicó mediante resolución 1287 de 2013 dicho contrato a la empresa Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S., presentando posterior a ello, un contrato por valor inferior a la propuesta, por lo que el contrato no fue suscrito por ninguna de las partes, sin que pueda decirse que en este caso existió contrato estatal alguno.

Argumenta el Juez que, de acuerdo al pliego de condiciones del proceso licitatorio la propuesta debía ser presentada en un término de 95 días, sin embargo, para la fecha en que el municipio presentó el contrato, restaban menos de 90 días para la culminación del año escolar; por lo que, el contrato debía ser modificado de acuerdo a esa realidad, siendo redactado para el término de 42 días para la mayoría de las instituciones.

Se pronuncia sobre el principio de buena fe, sobre los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 y el sistema de contratación allí previsto; afirma que el pliego de condiciones que regula una licitación pública y las disposiciones allí contenidas, son de carácter vinculante para la administración y participantes del proceso; configurándose la responsabilidad por daño, cuando la administración pública o los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de acción u omisión atribuible a la otra parte durante el consenso entre las partes, así como si retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas.

Hace un estudio del pliego de condiciones, y afirma que, en el numeral 5.2. del mismo, está definido el plazo del contrato a suscribir, el cual sería desde el perfeccionamiento del contrato hasta el 29 de noviembre de 2013, según calendario académico contenido en la resolución que hace parte integral del pliego de condiciones; y que, el valor del contrato se pagaría por los días efectivamente laborados y en mensualidad vencida.

Considera el Juez que, debe tenerse en cuenta que, la suscripción del contrato de transporte adjudicado ya no se realizaría en las fechas previstas en el cronograma del pliego de condiciones, por lo que el proceso fue declarado inicialmente desierto, y, solo, luego de desatarse un recurso de reposición fue posible su adjudicación, debiendo ajustarse el contrato a las circunstancias del momento, cuando ya había transcurrido un tiempo entre el pliego de condiciones y la suscripción del contrato.

Argumenta el Juez que, el valor del contrato, estaba ligado con el calendario escolar, cuyo periodo iba del 21 de enero al 23 de marzo de 2013, del 1 de abril al 14 de junio de 2013, del 8 de julio al 4 de octubre de 2013, y del 15 de octubre al 29 de noviembre de 2013. Y, el 17 de julio de 2013, se determinó que, ninguna de las propuestas se ajustaba al pliego de condiciones, frente a lo cual la parte ahora demandante presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto a su favor; y, que, el valor de la modificación de la propuesta obedeció a la realidad de los días de prestación de transporte, los cuales estaban previamente definidos en el pliego de condiciones.

Concluye el juez que, en el pliego de condiciones de la licitación pública número 005 de 2013 se dispuso que el contrato de transporte sería inicialmente por 95

días, no obstante, esos días disminuyeron, lo cual resulta ser coincidente con la modificación del valor de la propuesta, que debía contener solamente los días restantes del calendario escolar. Y resalta que, no se evidencian en este caso los perjuicios alegados por la parte demandante, cuyo origen fue la misma decisión de ésta, de no firmar el contrato adjudicado; sin existir omisión por parte del municipio de La Dorada, sin evidenciarse causalidad o imputación que permita determinar su conducta como hecho desencadenante del daño alegado.

Finalmente, con fundamento en el artículo 188 del CAPCA, dispuso condenar en costas a la parte demandante, y por agencias en derecho fija la suma de \$3.035.465 correspondiente al 5% del valor de las pretensiones.

5. Recurso de apelación.

- Demandante (Fls. 238 a 242 C. 1.1)

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, hace una transcripción de apartados de la misma, y sostiene que se evidencia en el asunto la modificación unilateral por parte del municipio de La Dorada al valor del contrato, el cual no corresponde con la propuesta inicial.

Hace pequeñas citas jurisprudenciales del consejo de Estado, y refiere que en ninguna parte del pliego de condiciones se dispone una condición de prestación efectiva del mismo, de manera que, no era posible que, posterior a la adjudicación del contrato se hicieran ajustes que debieron tenerse en cuenta desde su planeación; vulnerando con ello el principio de selección objetiva; pues no podía hacerse modificaciones a los pliegos de condiciones en cuanto al valor.

Concluye que, en este caso se está frente a una adjudicación que, según resolución 1287 de 17 de septiembre de 2013, ocurrió de manera legal, por lo que la demandante tiene el derecho de suscribir y ejecutar el contrato derivado del proceso de licitación número 005 de 2013, en las condiciones plasmadas en los pliegos allí previstos, y en la oferta que resultó más favorable, situación que no ocurrió con la modificación del valor del contrato. Y, solicita se revoque la sentencia proferida y se acceda a las pretensiones de la demanda.

7. Alegatos de segunda instancia

- Parte demandante (Fls. 14 a 16 C. 4)

El apoderado judicial de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia y refiere que el tiempo transcurrido entre la declaratoria desierta del proceso y la presentación de la minuta del contrato, es responsabilidad exclusiva del municipio, por cuanto fue decisión de éste declarar desierto inicialmente el proceso.

Resalta el interés del demandante en ejecutar a debido tiempo el contrato, lo cual no fue posible por situaciones ajenas, donde el municipio modificó de manera unilateral el contenido de los pliegos de condiciones, pues debía hacerse por mutuo acuerdo; y que, no se configuró ninguno de los requisitos para la condena en costas realizada, pues no hubo actuación de mala fe.

- Parte demandante (Fls. 18 a 22 C. 4)

El demandado municipio de La Dorada presenta escrito de alegatos exponiendo que reitera lo consignado en la contestación de la demanda, las excepciones formuladas y los alegatos de conclusión de primera instancia.

Sostiene que, en el pliego de condiciones se dispuso que, la propuesta debía presentarse para un número determinado de días y se dejó presente que, la ejecución del contrato se realizaría desde el momento de su perfeccionamiento y, hasta el término de calendario académico; y que, al acercarse para la firma del contrato el representante legal del adjudicatario, expuso que no lo firmaría porque su valor no correspondía al valor de la propuesta; no obstante, en el pliego de condiciones quedó claro que el plazo sería desde el perfeccionamiento hasta el 29 de noviembre de 2013; debiéndose ajustar el contrato a la realidad del calendario escolar restante.

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia, y se ratifica en las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de los perjuicios alegados.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto, como dice la constancia secretarial de 23 de septiembre de 2010 (Fl.25 C. 4).

I. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

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

- 1.1. ¿Se encuentra configurado en este caso un daño antijurídico, debido a la no suscripción del contrato del que fue adjudicatario Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S.?

2. Régimen de responsabilidad estatal.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El Consejo de Estado¹ se ha pronunciado sobre el daño antijurídico en el siguiente sentido:

“(...) sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga, a lo que podemos agregar que aun imponiéndola no exceda de las cargas que razones de solidaridad, igualdad imponen la vida en comunidad, violando los principios de igualdad antes las cargas públicas y de confianza legítima (...)”

Por su parte, la imputación del daño en su doble connotación fáctica y jurídica

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 26 de marzo de 2014.

permite la atribución de la lesión, en donde la imputación jurídica supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política; en el análisis fáctico de la imputación deberá establecerse la atribución material del daño, no solo en punto de identificar el autor del hecho dañoso, sino comprobando la acción u omisión que determine si el daño debe o no ser reparado.

La determinación de uno u otros regímenes de responsabilidad estatal corresponde al juzgador, en virtud del principio de *Iura Novit Curia*, aplicable en los medio de control de reparación directa como una excepción a la regla de la justicia rogada en materia contencioso administrativa, el cual le confiere al funcionario judicial el direccionamiento hacia el régimen de responsabilidad pertinente a los fundamentos de hecho o causa petendi, realizando la valoración que le corresponde por excelencia acerca de las actividades y elementos que hubieren intervenido en tales sucesos, con miras a encausar el análisis del asunto planteado hacia el sistema de imputación que la jurisprudencia ha elaborado, precisamente, en consideración a las diversas actividades de la administración y a los elementos involucrados en tales actuaciones.

Observa la Sala que los perjuicios reclamados en el caso bajo estudio, los funda la demandante en la omisión del ente territorial accionado al no suscribir el contrato por la suma establecida en el pliego de condiciones, por lo que, al variar la suma, no fue posible su firma.

Este régimen de responsabilidad se configura con la existencia de tres elementos imprescindibles: 1) el daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que

se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del ente territorial demandado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada.

Resulta necesario precisar que, si bien en el presente asunto se expidió un acto administrativo de adjudicación, en éste no se hace mención al valor del contrato a adjudicar; y en caso de haberse hecho, el demandante quedaría habilitado para presentar demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho procedente en ese caso; y el demandante opta en este caso por presentar demanda vía reparación directa, argumentando que, la no suscripción del contrato en los términos establecidos en el pliego de condiciones constituye un daño que debe ser indemnizable. Y, no sólo por la variación del valor del contrato, sino también, porque a su juicio, la mora de la administración en la adjudicación de éste tuvo incidencia en ello; derivándose en una responsabilidad precontractual del Estado, pues, pese a existir un acto de adjudicación, no hubo suscripción del contrato en los términos esperados por el ahora demandante.

3. Pruebas relevantes.

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

- Copia del pliego de condiciones de la licitación pública número 005 de 2013, para el servicio de transporte escolar terrestre para 700 estudiantes del área rural del municipio de La Dorada (Fls. 27 a 52 C. 1).
- Copia de la resolución número 762 de junio 6 de 2013 por la cual se ordena la apertura del proceso de licitación pública 005 de 2013, sin firmas (Fls. 2 a 4 C. 2).
- Copia de la adenda aclaratoria número 1 mediante la cual se amplía el término para realizar audiencia de adjudicación (Fl. 6 C. 2).
- Copia del acta de cierre y recepción de propuestas en la licitación No. 005 – 2013, en la que consta la presentación de 2 proponentes, uno de ellos, el

demandante Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo con un valor de propuesta de \$323.271.500 (Fl. 53 C. 1).

- Copia del acta de audiencia de adjudicación sin firmas, de 17 de julio de 2013 en la cual se hace lectura de la resolución mediante la cual se declara desierto el proceso de licitación (Fl. 5 C. 2).

- Copia de la resolución sin firma número 950 de 17 de julio de 2013, mediante la cual se declara desierto el proceso de licitación pública No. 005-2013 (Fls. 7 a 11 C. 2).

- Copia de la carta de presentación de la propuesta (Fl. 54 C. 1), de la cual solo obra una página de la que se extrae:

“CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA

Dorada, 27 de junio de 2013.

SEÑORES

*ALCALDIA LA DORADA CALDAS Secretaria General y Administrativa
CARRERA 3 CALLE 15 ESQUINA Teléfonos 8572013*

Asunto: Licitación Pública No. 005 de 2013

Apreciado Doctor

JOHN ALEXANDER ALZATE AGUILAR, en mi condición de representante legal de TRANSPORTES ESPECIALES Y DE CARGA GRAN TURISMO SAS con NIT 811.008 436-6, presento a su consideración propuesta para proveer los bienes objeto del proceso, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el pliego de condiciones y de conformidad con lo plasmado en este documento y los formulados de la propuesta adjunta, así

En caso de que nuestra oferta sea aceptada nos comprometemos a firmar el contrato dentro de los plazos establecidos en el presente pliego de condiciones.

Numero de la póliza de seriedad de la propuesta: 14-44-101049711

Valor asegurado (\$ 32 354 733,20) Moneda Corriente

Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO SA Recibo de pago de póliza (No 140115210 Y fecha 26/08/2013)

Declaramos bajo gravedad de juramento:” Que declaran bajo juramento?

- Copia de la resolución No. 1287 del 17 de septiembre de 2013 por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución 950 del 17 de julio 3 de 2013 (Fls. A 17 C. 1), la cual resuelve lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR la resolución N° 950 del 17 de Julio de 2013, la cual declaraba desierto el proceso de licitación pública N° 005-2013, Por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADJUDICAR el proceso de Licitación Pública N° 005-2013 cuyo objeto es: contratación servicio de transporte escolar terrestre, para 700 estudiantes del área rural del municipio de La Dorada, a Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo SAS con Nit 811.008.436-6.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente al señor John Alexander Álzate Aguilar, mayor e identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.324.058, expedida en Honda, Tolima, en calidad de representante legal de TRANSPORTE ESPECIALES Y DE CARGA GRAN TURISMO, el contenido de la presente Resolución, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno en vía gubernativa. La presente resolución es irrevocable y obliga al municipio y al adjudicatario.

No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cuál la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

ARTICULO CUARTO: Una vez notificado el proponente, debe proceder a suscribir y legalizar el respectivo contrato dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término señalado, la entidad podrá adelantar las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados.

ARTICULO QUINTO: La presente resolución surte efectos desde su expedición.”

- Copia de la notificación personal del acto mencionado de fecha 20 de septiembre de 2023 (Fl. 12 C. 1).
- Copia del contrato de transporte sin firmas a suscribir entre el demandante y la demandada (Fls. 13 a 26 C. 1), por valor de \$143.277.252, cuyo objeto era la contratación del servicio de transporte escolar terrestre para 700 estudiantes del área rural del municipio de La Dorada, Caldas; y con un plazo desde el acta de inicio hasta el 29 de noviembre de 2013.
- Copia de certificación de la Secretaría general y Administrativa del municipio de La Dorada en la que se dice:

“Siendo las 5:30 pm del día 07 de octubre de 2013 se hace presente en la Secretaría general y administrativa el Señor John Alexander Álzate Aguilar, representante legal de la empresa Transportes Especiales y de Carga Turismo, a quien se le adjudicó la licitación pública 005 cuyo objeto es “Servicio de transporte escolar terrestre para 700 estudiantes del área rural del municipio de la Dorada”.

A quien nuevamente se le presenta el contrato con el ánimo de ser suscrito, y manifiesta de manera verbal que no suscribe el respectivo contrato, y expresa “el contrato entregado por ustedes no corresponde con el valor presentado en la propuesta entregada por la empresa Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo dentro el proceso en mención”

- Copia del Convenio de Asociación 001 suscrito entre Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. y Líneas Nacionales de Transporte S.A.S., para la prestación del servicio de transporte escolar, de fecha 21 de septiembre de 2013; y acta de resolución del mismo (Fls. 66 a 71 C.1)
- Copia del contrato de prestación de servicios 002 entre Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. y Yudy Mayerly Bustos Soto, para la coordinación operativa de la ejecución del contrato derivado de la adjudicación del proceso licitatorio No. 005 de 2013 de 22 de noviembre de 2013 (Fls. 73 a 76 C.1.).
- Copia del contrato de prestación de servicios 001 entre Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. y Margareth Sofia Silva Montaña para prestar asesoría jurídica integral a la contratante frente a las acciones a que haya lugar en contra del municipio de La Dorada y los desprendibles de pago a la contratante (folios 77 a 84 C.1).
- Copia de documento denominado pagaré, por la suma de \$48.000.000 de Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. a favor del señor Giuseppe Salvatore Scoppetta Torres (Fls. 85 a 86 C.1).

4. Del daño en el presente asunto.

El primer elemento que ha de analizarse en el sub examine es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, en razón a que constituye el primer elemento de la responsabilidad, ya que, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“sin daño no hay responsabilidad”* y *“solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de su imputación al Estado”*⁹.

Ahora bien, para que el daño sea indemnizable, requiere estar debidamente estructurado, en tal sentido ha sostenido el Máximo Tribunal² que se impone acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama:

“i) Que el daño sea antijurídico, es decir, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, “Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos”.

ii) Que se lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal.

iii) Que el daño sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limite a una mera conjetura.”

En concordancia con lo anterior, corresponde a esta Sala determinar con las pruebas allegadas al proceso, si se configura el daño alegado en la demanda, y posteriormente entrar a definir si el mismo le es imputable a la entidad demandada.

De las pruebas documentales relacionadas y estudiadas se advierte que, efectivamente mediante licitación pública número 005 de 2013 el municipio de la Dorada adelantó proceso de contratación para el servicio de transporte escolar terrestre para 700 estudiantes del área rural del municipio de La Dorada; y en el capítulo V se dispuso lo siguiente:

“CAPITULO V

CONDICIONES PARTICULARES

5.1. MONEDA Y PRECIOS DEL CONTRATO

5.1.1. Los valores deberán expresarse en pesos colombianos, a precios fijos e inmodificables durante la ejecución del contrato y deberán incluir todos los impuestos y demás costos en que incurra con ocasión de la ejecución del contrato

5.1.2. EL MUNICIPIO DE LA DORADA. No reconocerá ningún reajuste de tarifas o precios durante la vigencia del contrato que se suscriba. El contratista se obliga a mantener los precios de los insumos no

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516 MP. Enrique Gil Botero y sentencia del 6 de junio de 2012 dictada por esta Subsección dentro del expediente No. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencia del 24 de octubre de 2017, expediente No 32.985B, entre otras.

importando la variación de los costos de las materias primas utilizadas en su fabricación o las variaciones del dólar en caso de materias o elementos importados.

5.2. PLAZO DEL CONTRATO A SUSCRIBIRSE

Desde el perfeccionamiento del Contrato hasta el 29 de noviembre de 2013, según resolución de calendario académico No. 6144 del 31 de octubre de 2012 o hasta que por acto administrativo la Secretaria de Educación Departamental lo determine, sin sobrepasar el 31 de diciembre de 2013.

(...)

En la resolución número 762 de junio 6 de 2013 por la cual se ordena la apertura de proceso de licitación pública 005 de 2013, se contempla que el presupuesto oficial para dicha contratación es de \$323.547.332; y, en la copia del acta de cierre y recepción de propuestas de la licitación No. 005 – 2013, consta que, el demandante Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo presentó una propuesta por valor de \$323.2710500.

De igual manera, en el contrato de prestación de servicios que se adjunta con el pliego de condiciones, y que hace parte integral del mismo no se define un valor de contrato como se observa:

“Entre los suscritos a saber: ERWIN ARIAS BETANCUR, mayor de edad, domiciliado en La Dorada, Caldas, Identificado con la cédula de ciudadanía N° XXXXX de XXX, Acta de posesión No. XXXX del XXX de XXXX de XXXX, quien en adelante se denominará EL MUNICIPIO, de una parte, y por la otra, XXXXXXXX, con NIT XXXXX Representado Legalmente por XXXXXXXXXXXX mayor de edad, domiciliado en La Dorada Caldas, identificado con la cédula de ciudadanía No XXXXXX de XXXX y quien para los efectos del presente se denominará EL CONTRATISTA, hemos acordado celebrar el presente CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, consignado en las cláusulas que se pactan a continuación. PRIMERA.- RAZONES JURÍDICAS Y PRESUPUESTALES: a) Que existe la correspondiente disponibilidad de recursos para la suscripción del presente acto contractual, tal como consta en el certificado de Disponibilidad Presupuestal No. XXXX de XXX de 2011 b) Que en desarrollo de la Licitación Pública No. 002 de 2012 se recibieron XXXX propuestas presentada por según acta de cierre y apertura de propuesta de XXXX de 2012 c) Que mediante acta de evaluación, el comité evaluador una vez analizadas las propuestas en los aspectos Jurídicos, financieros, y de experiencia, sugirió al ordenador del gasto adjudicar el presente proceso de selección a d) Que mediante resolución XXXX del 2011 del presente año el ordenador del gasto adjudicó el contrato de Prestación de servicios objeto de la presente Licitación Pública. SEGUNDA- OBJETO: SERVICIO DE TRANSPORTE ESCOLAR, PARA ESTUDIANTES DEL ÁREA RURAL PARA LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS: GUARINOCITO, PURNIO, BUENAVISTA, JAPON, NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN, DE CARÁCTER OFICIAL DEL MUNICIPIO DE LA DORADA, CALDAS. TERCERA. VALOR: El valor total del presente contrato, asciende a la

*suma XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX CUARTA. - FORMA DE PAGO:
El Municipio cancelara el valor del presente contrato mediante
mensualidades vencidas, previa certificación del supervisor”*

Ahora, se discute en la demanda y en el recurso de apelación que, la empresa Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. tenía la intención de firmar contrato objeto de la adjudicación, pero, en los términos del pliego de condiciones con el valor allí previsto, y con la modificación unilateral del contrato por parte del municipio demandado no fue posible la suscripción del mismo; argumentando además que, no es cierto que el pliego de condiciones estableciera la condición de prestación efectiva del servicio para el pago del mismo.

Lo primero que advierte esta Sala es que, ni en el pliego de condiciones ni en el contrato se fijó un valor preciso para la ejecución del contrato; no obstante, si aparece en el documento denominado resolución 762 de junio 6 de 2013, por la cual se ordena la apertura del proceso de licitación pública No. 005-2013, donde en sus consideraciones contempla que el presupuesto oficial de esa contratación es de \$323.547.332.

Igualmente se encuentra acreditado que, en los numerales 5.2 y 5.4 del capítulo V del pliego de condiciones se contempla que, el plazo del contrato a suscribir será desde el perfeccionamiento del contrato hasta el 30 de noviembre de 2013, según resolución de calendario académico de 2012; y que, el municipio de La Dorada pagará el valor del contrato, los días efectivamente laborados, mensualidad vencida. Y, en el contrato que se pretendía firmar entre las partes posterior a su adjudicación, se discrimina por cada institución a prestar el servicio de transporte el valor del periodo académico, lo cual ascendía a un valor de \$143.277.252 pagaderos en mensualidades vencidas, con un plazo hasta el 29 de noviembre de 2013.

Así las cosas, para esta Sala de decisión, si bien en el modelo de contrato que se anexa en la licitación no se decía que el pago era por el servicio efectivamente prestado; en el pliego de condiciones ello se incluyó de manera expresa; y, así no se hubiera consignado de esa forma, se infiere, al ser una entidad territorial, la que con recursos públicos contrata el servicio de transporte escolar, debe pagar solo por el servicio efectivamente prestado; no siendo posible un pago pactado préstese o no el servicio; pues de lo contrario incurriría

en no solo en detrimento patrimonial, sino en conductas administrativas, disciplinarias, de responsabilidad fiscal y penal por pagar un servicio que no fue prestado efectivamente.

De lo expuesto, se concluye que, el contrato que debía suscribirse con ocasión a la adjudicación de la licitación número 005-213 que tenía por objeto el servicio de transporte escolar terrestre para 700 estudiantes en el área rural, superó el tiempo estimado para ello en el pliego de condiciones, por cuanto se declaró inicialmente desierto el proceso de licitación, luego se interpuso recurso de reposición contra dicha decisión, adjudicando finalmente el contrato a la ahora demandante empresa de Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S.; lo cual hizo que transcurriera parte del tiempo que se tenía previsto para la prestación del servicio efectivo de transporte; y, en virtud de ello, al momento de suscribir el contrato, restaba menos tiempo para la prestación del servicio de transporte, ello de acuerdo al calendario académico y al tiempo de culminación fijado en los pliegos de condiciones y en la minuta del contrato.

De manera que, al concretarse finalmente un menor tiempo de prestación del servicio de transporte, también debía ser menor el monto del contrato; como fue proyectado por el municipio de La Dorada, Caldas, no obstante, el representante legal de la adjudicataria Transportes Especiales y de Carga Gran Turismo S.A.S. se negó a la suscripción del mismo, aduciendo que el valor allí consignado no correspondía con el valor de su propuesta.

Por lo anterior, para esta Sala no se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico padecido por el demandante; pues fue el mismo demandante quien se negó a firmar el contrato resultado de la adjudicación de la licitación 005-2013 para el transporte terrestre de estudiantes del área rural del municipio de La Dorada, negativa que no encuentra un argumento justificado para ello, pues la contraprestación debe corresponder al servicio efectivamente prestado, y no se puede pretender que, si inicialmente eran aproximadamente 4 meses de prestación de servicio de transporte de estudiantes del área rural, y al materializarse el contrato serían solo 3 meses, se firmara contrato pagando el valor correspondiente a 4 meses.

El demandante tenía la obligación en este caso de soportar las consecuencias

de la no firma del contrato, ya que fue el mismo quien se negó a suscribirlo; sin que con ello se advierta una lesión a un bien jurídico protegido por el ordenamiento, pues si bien tenía una expectativa inicial de una suma de dinero por unos meses de prestación de servicio de transporte, ello era eso, una mera expectativa, y, una vez adjudicado el contrato, éste debía adecuarse al tiempo real de la ejecución del contrato, a la prestación efectiva del servicio, y valor real de su ejecución; siendo en este caso, los argumentos del demandante insuficientes para acreditar un daño cierto en este asunto. Y, al ser este, el primer elemento necesario para continuar con el estudio, de si la acción u omisión de la administración, fue o no la que ocasionó el mismo.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

“(...) la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual (...).”³.

“La Sala ha precisado en reiteradas providencias que el perjuicio indemnizable debe ser cierto y concreto, no eventual. A este respecto cabe tener en cuenta que el perjuicio eventual es el incierto 'meramente fundado en suposiciones o conjeturas (...).

“El perjuicio indemnizable debe por tanto ser cierto, o presente y/o futuro. Una especie de perjuicio cierto futuro es el lucro cesante, toda vez que hay certeza respecto de su existencia. (...) Partiendo del concepto de lucro cesante entendido legalmente, en el Código Civil, como 'la ganancia o provecho que deja de reportarse' (art. 1.614) y doctrinalmente como el 'lucro frustrado o las ganancias dejadas de obtener”.⁴

Atendiendo entonces que, el daño como primer elemento que estructura la responsabilidad del Estado debe ser cierto, y que en este caso no se probó, pues como lo ha precisado el Consejo de Estado *“la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño, no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso (...), de manera que quien alega su*

³ CONSEJO DE ESTADO –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera. Sentencia de 07/05/1998. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp.10397.

⁴ CONSEJO DE ESTADO –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera. Sentencia de 27/11/2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 76001-23-31-000-1994-0965-01(13792).

ocurrencia debe probarlo”, no hay lugar al estudio de los demás elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad del Estado en este asunto.

Por lo anterior, hay lugar a confirmar la sentencia proferida en primera instancia, pero, por las razones acá señaladas.

5. Costas.

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

Una vez revisado el expediente, se advierte que, la parte demandante intervino en segunda instancia con la interposición del recurso de apelación, ambas partes presentaron escrito de alegatos de conclusión; y el recurso de apelación interpuesto no prosperó; de manera que, hay lugar en este caso a condena en costas por concepto de agencias en derecho, en favor del demandado municipio de La Dorada, a cargo de la parte demandante.

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

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de noviembre de 2019, pero, por las razones acá expuestas.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandante y en favor del municipio de La Dorada, Caldas, a título de agencias en derecho; las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

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

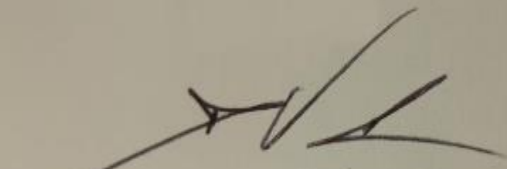
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Aclara el voto

Auto S.: 119-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos.
Radicación: 17-001-33-39-005-2018-00057-02
Demandante: Lida Eugenia Cardona Tabares y otro
Demandado: Municipio de Manizales y otros

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 322 del CGP, **se admite** el recurso de apelación interpuesto oportunamente el día 9 de julio de 2023 por el actor popular, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de junio de 2023 y notificada el 4 de julio de misma anualidad, por correo electrónico.

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

Notifíquese y Cúmplase


BOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión Oral

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-006-2018-00367-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Dora Isabel Ortegón Núñez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 129

Asunto

Decide la Sala 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 febrero de 2020, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Que se declare la nulidad del acto ficto negativo surgido con ocasión de la petición de fecha 4 de abril de 2018, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida al demandante, por cuanto no incluyó la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, de conformidad a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 21 de noviembre de 2014 y la prima de navidad y la bonificación mensual percibida el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus pensional.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada:

2. Reconocer y pagar una reliquidación de pensión ordinaria de jubilación a partir del 7 de noviembre de 2014 (fecha de adquisición del status), incluyendo los factores salariales la prima de servicios y la bonificación por servicios, reconocidos en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 21 de noviembre de 2014 y los devengados durante los 12 meses anteriores a la adquisición del status de pensionada.

3. Que en el caso concreto extienda el reconocimiento a la prima de navidad, la bonificación mensual, bonificación por servicios prestados y a la prima de servicios.

4. Que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

5. Ordenar el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas.

7. Ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

8. Condenar en costas a la entidad demandada.”

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

La demandante trabajó por más de 20 años como docente oficial y cumplió con los requisitos de ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

Por medio de la Resolución No. 041 del 29 de enero de 2015, se reconoció la pensión de jubilación a la demandante y para la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó la asignación básica y prima de vacaciones.

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 2014, modificó la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Manizales y le reconoció la prima de servicios y bonificación por servicios prestados con posterioridad al 16 de junio de 2005 como factores salariales.

La demandante, a través de derecho de petición, solicitó que se expidiera un nuevo acto administrativo en el que se incluyeran los factores salariales reconocidos en la sentencia y reliquidará la pensión de jubilación, el cual se resolvió negativamente por medio de acto ficto negativo.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Señala que la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 estableció el régimen prestacional de los docentes, el cual fue prorrogado con la entrada en vigencia de la Ley 1151 de 2007, concluyendo que el mismo se establece tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, que si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, -27 de junio de 2003-, su régimen corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, pero si su vinculación fue posterior, su régimen es el regulado en la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior, afirma que a la demandante le es aplicable el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 y en cuanto a los factores salariales en la pensión de jubilación, se deben tener en cuenta los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Trae a colación apartes de sentencias proferidas por el Consejo de Estado en casos similares al que ahora es objeto de estudio, entre ellas, la sentencia del 4 de agosto de 2009, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación 250002325000200506747.

Finalmente, manifiesta que la demandante ha prestado su servicio en la educación estatal, lo que hace que sus prestaciones, como lo indica el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se mantengan de conformidad con el régimen prestacional establecido en los Decretos nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, siendo pertinente que se disponga remontar el análisis a la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989, donde se encontraban aún vigentes para las entidades nacionales los decretos relacionados.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 6 de febrero de 2020 resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la parte demandante:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial del acto ficto negativo surgido con ocasión de la petición presentada el 4 de abril de 2018, por la cual se

negó una reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, en lo que tiene que ver con los factores salariales a tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la señora **DORA ISABEL ORTEGÓN NÚÑEZ**, tomando en cuenta el 75% del promedio de la bonificación mensual, devengada durante el año anterior a la fecha de la adquisición del status de pensionada, comprendido entre el 8 de noviembre de 2013 al 7 de noviembre de 2014, además de los ya reconocidos en la Resolución Nro. 0041 del 29 de enero de 2015.

TERCERO: DECLARESE DE OFICIO la excepción de "**PRESCRIPCIÓN**" formulada por la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

CUARTO: Una vez realizada la reliquidación pensional en los términos señalados en el ordinal anterior, **ORDÉNASE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** pagar a la señora **CLAUDIA RESTREPO GARRIDO** las sumas que resulten como diferencia entre las mesadas pensionales pagadas y las que sean reconocidas, conforme a lo ordenado en este proveído.

El pago de dichas diferencias solo se realizará respecto de las mesadas que se hayan causado con posterioridad al 4 de abril de 2015, por efectos de la prescripción trienal.

QUINTO: ORDENASE a la entidad demandada **INDEXAR** las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y la que se reconozca una vez efectuada la reliquidación ordenada con los factores salariales cuya inclusión se ordenó, dando aplicación a la fórmula inserta en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: NIEGUESE las pretensiones de la demanda con relación a la inclusión del factor salarial denominado prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios prestados, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

[...]"

Encontró acreditado el a quo que la señora Dora Isabel Ortega Núñez laboró como docente al servicio del Ministerio de Educación Nacional por más de 20 años, por lo cual, previo cumplimiento de los demás requisitos, le fue reconocida pensión de jubilación tomando como base el 75% del sueldo mensual y la prima de vacaciones, percibidos durante el año anterior al cumplimiento del estatus pensional.

Asimismo, que mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 21 de noviembre de 2014, fue ordenado el pago de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados a la aquí demandante, causados con posterioridad al 7 de noviembre de 2014.

Empero, atendiendo a la postura jurisprudencial del Consejo de Estado asumida en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, los factores salariales que pretende la actora sean incluidos en la base de liquidación de su pensión, esto es, "prima servicios" "bonificación por servicios prestados" y "prima de navidad", no pueden ser considerados para efectos de su reajuste, en tanto sólo pueden incluirse aquellos taxativamente enlistados en la norma aplicable, siempre que estos hayan servido para calcular el monto sobre el cual debió cotizar la docente.

No obstante, de acuerdo con lo expuesto en la referida sentencia de unificación y en aplicación del Decreto 1566 de 2014, el cual creó una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión con el ajuste del valor de la bonificación mensual devengado durante el año de servicios previo al retiro definitivo del servicio.

Dado lo anterior, accedió a la reliquidación de la pensión con inclusión de la bonificación mensual y negó las demás pretensiones de la parte actora.

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia indicando que, según lo ha establecido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el régimen pensional docente es el mismo que se aplica a los servidores públicos del orden nacional y este se encuentran regulado en la Ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 de 1985. A la luz de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, las pensiones de los docentes no pueden ser liquidadas con factores salariales distintos a los enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, dentro de los cuales se incluye la bonificación por servicios prestados. Y con las pruebas allegadas al proceso, quedó demostrado que la demandante sí devengó la bonificación por servicios prestados en el año anterior previo al status pensional, como se puede verificar en la sentencia del Tribunal Administrativo De Caldas el cual ordenó su reconocimiento desde el 16 junio de 2005.

Frente a la obligación de efectuar los aportes, adujo que la demandante no puede tener la carga de verificar si por parte de la entidad empleadora, a través de los funcionarios encargados de la elaboración de la nómina y pago, le han efectuado las retenciones de ley por concepto de aportes para el Sistema General de Seguridad Social, en este caso, los aportes para pensión de conformidad con la lista de factores definidos en la Ley sobre los cuales debe aplicarse el cálculo para definir la mesada pensional. Así las cosas, el deber de llevar a cabo la retención de los valores a cargo del servidor público para los aportes al Sistema de Seguridad Social corresponde al empleador, por ser quien tiene la posibilidad de definir los pagos del salario a cada servidor o trabajador.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Guardaron silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?
- ii) ¿Los factores deprecados por la parte demandante son de aquellos sobre los cuales la ley ordena el descuento con destino al sistema pensional?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que “... *ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica*

y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre “*todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio*” como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo

¹ SU-406/16.

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/
75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

³**“Artículo 209.** 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, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.
Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

“Pensión de jubilación o vejez. *El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.*

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. *Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este*

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)

Parágrafo 2. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. *En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”*

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los

empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. 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 hubieran 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.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. *El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las

Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el parágrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag.

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora Dora Isabel Ortigón Núñez le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución N°. 041 del 29 de enero de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del municipio de Manizales, con base en el sueldo mensual y la prima de vacaciones, y con efectos fiscales a partir del 8 de noviembre de 2014. (Archivo 003)

La demandante reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, incluida la bonificación mensual y la bonificación por servicios prestados.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos y cada uno de aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el último año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El párrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

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

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)*

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad**

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.” (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación *“(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”*

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con inclusión de la prima de servicios y la prima de navidad, pues ciertamente, estos factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

Respecto de la bonificación mensual, creada en favor de los docentes con posterioridad a la Ley 62 de 1985 mediante los Decretos No.1566 de 2014, No.1272 de 2015 y No. 123 de 2016, se tiene que la aquí demandante devengó en el año estatus la bonificación mensual prevista en la norma ya citada - Decreto No.1566 de 2014 -, a cuyo tenor literal:

Artículo 1. *Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o la Sección 4, Capítulo 5, Título 3, Parte 3 del Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente [...]*

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

[...] /Negrilla fuera del texto/

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado¹¹, actuando en sede de tutela, amparó el derecho fundamental al debido proceso de un docente, quien mediante demanda ordinaria laboral había solicitado, infructuosamente, la inclusión de la bonificación mensual como factor de liquidación de su pensión de vejez. Al respecto la Alta Corporación consideró:

77. La postura en mención, no deviene irracional teniendo en cuenta que si bien la referida prestación no se halla enlistada dentro del catálogo de factores previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, porque que se creó por posterioridad, la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Lo anterior, aunado al hecho que se corroboró del expediente ordinario que⁴³, para el momento en que el docente devengó la bonificación mensual, estaba vigente el Decreto que le dio origen y que había sido percibida durante su último año de servicios.

78. Esta interpretación sigue las reglas de unificación sentadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de

¹¹ 11001-03-15-000-2019-04192-00, Demandante: Jesús Antonio Rave, Demandado: Tribunal Administrativo de Caldas. Sentencia de tutela del 31 de octubre de 2019.

2019, que estableció que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

79. A partir del anterior contexto y en virtud del principio de favorabilidad laboral se considera que se debe amparar el derecho fundamental del actor en aras de que el Tribunal accionado efectúe una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia, en consonancia con la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019⁴⁴, y como consecuencia, reliquide la pensión del señor Rave, teniendo en cuenta la bonificación creada mediante el Decreto 1566 de 2014, normativa según la cual constituye factor salarial para todos los efectos y que percibió durante su último año de servicios. En caso de que el Tribunal accionado constate que el docente no realizó los respectivos aportes al Sistema Pensional, le deberá efectuar los respectivos descuentos y se la deberá reconocer a futuro, es decir desde que la empezó a devengar y cotizar.

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Caldas¹², mediante sentencia del 7 de junio de 2019, consideró lo siguiente sobre la bonificación mensual como factor de liquidación pensional:

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 que creó una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, ésta “constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales”, circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al status pensional, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985.

Situación diferente se predica de la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación mensual.

En consecuencia, le asiste razón al a quo para ordenar la inclusión de la **bonificación mensual** en la reliquidación de la pensión de la parte actora, pues ciertamente, dicho factor fue por ella devengado en el año anterior a la consolidación de estatus pensional tal y como se observa en la certificación de salarios expedida por el municipio de Manizales y que reposa en el archivo 003 de la carpeta digital.

Frente a la **bonificación por servicios prestados**, pese haber sido objeto de pretensión por la parte demandante, el a quo no hizo un pronunciamiento expreso en la sentencia apelada y por lo tanto, como ello fue materia del recurso de apelación, se procederá en esta instancia a resolver lo pertinente.

¹² Radicación 17001-33-39-006-2017-00025-02. Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín.

Revisado el expediente se encuentra que, ciertamente, mediante sentencia proferida en segunda instancia por este Tribunal Administrativo el 21 de noviembre de 2014¹³, se resolvió lo siguiente:

Revócase parcialmente la sentencia proferida el 15 de agosto de 2013 por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Manizales, en cuanto negó la prima de servicios y la bonificación por servicios, en su lugar se dispone:

*Declárese (sic) la nulidad del Oficio SEL 201 de 11 de julio de 2008 y la Resolución 2217 de 23 de septiembre de 2008, en lo relacionado con las circunstancias de la demandante, y ordénese (sic) al Municipio de Manizales - Secretaría de Educación que a la señora Dora Isabel Ortigón Núñez, identificada con cédula de ciudadanía 30.272.128, le reconozca y pague, de manera actualizada, la prima de servicios y la **bonificación por servicios causadas en los términos del Decreto 1042 de 1978**, y conforme a los artículos 176 a 178 del C.C.A. **previo descuento de lo autorizado por ley**. Los efectos fiscales son a partir del 16 de junio de 2005 por razón de la prescripción. Sin costas. En lo demás, se confirma la sentencia apelada. /rft/*

Con fundamento en esta decisión judicial y habida consideración que la bonificación por servicios prestados se halla dentro de los factores de cotización consagrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, los cuales son, a su vez, factores de liquidación pensional, dado es concluir que a la señora Ortigón Núñez le asiste derecho a que su prestación le sea reliquidada, incluyendo el referido factor junto con la bonificación mensual ya ordenada en primera instancia.

Resta decir que la cotización al sistema pensional respecto de dicho factor fue ordenado en la sentencia reseñada y por lo tanto, no existe razón para negar su reconocimiento en esta instancia judicial.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues no se observa que las mismas se hayan causado.

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

III. Falla

Primero: Se modifica el ordinal segundo de la sentencia del 6 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de la referencia, el cual quedará así:

¹³ Radicado 2009-00705. Magistrada ponente: Miryam Esneda Salazar Ramírez.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la señora **DORA ISABEL ORTEGÓN NÚÑEZ**, tomando en cuenta el 75% del promedio de la **bonificación mensual y de la bonificación por servicios prestados**, devengadas durante el año anterior a la fecha de la adquisición del status de pensionada, comprendido entre el 8 de noviembre de 2013 al 7 de noviembre de 2014, además de los ya reconocidos en la Resolución Nro. 0041 del 29 de enero de 2015.

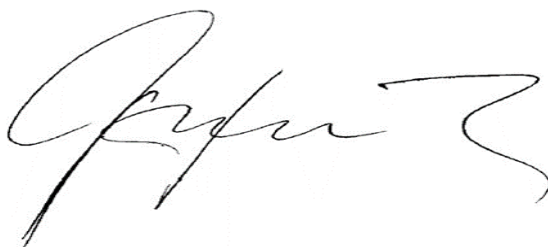
Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia objeto de apelación.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

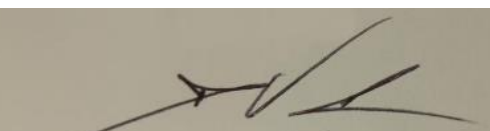
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-23-39-005-2018-00371-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 336

Antes de proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARIELA RESTREPO PERALTA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**, conforme al inciso 2º del artículo 213 de la Ley 1437/11, como **PRUEBA DE OFICIO**, por Secretaría, **OFÍCIESE** al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** para que en un lapso no superior a diez (10) días se sirva expedir certificación en la que se indique si a la docente **MARIELA RESTREPO PERALTA** (C.C. N°25'057.317) le fue cancelada la bonificación por servicios prestados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre el 13 de agosto de 2016 y el 13 de agosto de 2017.

La certificación deberá ser enviada a través del correo "sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co", y una vez allegada, atendiendo el mandato previsto en el canon 170 inciso 2º del C.G.P., se correrá traslado a las partes y el Ministerio Público en la forma establecida en el artículo 201A de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha según Acta N°037 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17001-23-33-000-2018-00444-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 128

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 primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** contra **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD ÁREA CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Se declare la nulidad del Oficio N° S-2018 ARSAN - JEFAT - 3.1 datado el 9 de julio de 2018, con el cual la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD ÁREA CALDAS** negó la existencia de una relación laboral con la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEDINA**, y con ello, el pago de todas las acreencias laborales.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Se declare que entre la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD ÁREA CALDAS y la accionante existió una relación laboral, entre el 1° de diciembre de 2005 y el 15 de abril de 2018, sin solución de continuidad.
- Se ordene el reconocimiento y pago de las vacaciones, primas de servicios, auxilio de las cesantías, intereses a las cesantías, dominicales y festivos laborados, recargos diurnos y nocturnos, y horas extra diurnas y nocturnas, desde el 1° de diciembre de 2005 hasta el 15 de abril de 2018, así como de las demás acreencias a que tenga derecho.
- Se ordene el reconocimiento y pago de una indemnización a favor de la señora GUZMÁN MEJÍA, equivalente al 12% de los aportes a pensión, y del 8,5% de los aportes a salud, entre el 1° de diciembre de 2005 y el 15 de abril de 2018.
- Que los valores reconocidos sean ajustados conforme al IPC.
- Se condene en costas y se ordene el cumplimiento del fallo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C/CA.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa la demandante que prestó sus servicios a la POLICÍA NACIONAL - POLICÍA METROPOLITANA DE MANZIALES - DIRECCIÓN DE SANIDAD, en virtud de sendos contratos de prestación de servicios entre el 1° de diciembre de 2005 y el 15 de abril de 2018, los cuales pese a la modalidad de contratación, tenían todos los elementos de una verdadera relación laboral, como la remuneración, la prestación personal del servicio y la subordinación,

sin que se reconociera el pago de la totalidad de los emolumentos prestacionales que se reconocían a una enfermera de planta de la misma entidad.

A su dicho, agregó que sus servicios como enfermera los prestó en el área de hospitalización y consulta prioritaria, de acuerdo a los cuadros de turnos elaborados por la dirección, lo que, en su sentir, demuestra la subordinación y prestación personal del servicio, en tanto estaba sometida a constante supervisión por parte de la enfermera coordinadora, debía cumplir con un horario de 12 horas diarias de lunes a domingo, debía portar el uniforme distintivo de la entidad, y para cumplir con su labor, debía contar con los equipos y demás elementos asignados para ello. Luego, frente a la remuneración, mencionó que, conforme a las órdenes de pago, existía un pago mensual por los servicios prestados.

Finalmente, indicó que el cargo que desempeñó en la Dirección de Sanidad de la Policía Metropolitana de Caldas, tenía las mismas funciones del empleo de planta identificado con la denominación “Técnico de Servicio, Código 2-2, grado 10”, razón que, considera, refuerza su solicitud de declaratoria de una verdadera relación laboral, con el correspondiente reconocimiento y pago de las prestaciones que de dicho vínculo se derivan.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocan como vulnerados los artículos 1, 2, 6, 13, 25 y 53 de la Constitución Política, y demás normas concordantes.

Como juicio de la infracción, explicó que la demandada vulnera el principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, pues el

elemento de la subordinación marcó la prestación de servicios de la demandante, como si se tratase de una empleada de planta. No obstante, reiteró que, en el presente asunto, debido a la modalidad de contratación, la POLICÍA NACIONAL evadió el pago equitativo de salarios y la liquidación de las prestaciones sociales conforme a la ley.

Así mismo, refirió que las funciones desempeñadas por la señora LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA, no eran, en manera alguna, obligaciones ocasionales, pues el servicio se prestó de manera ininterrumpida por 12 años en el área de enfermería, por lo que no contaba con autonomía alguna para el desarrollo de funciones, y debía hacer uso de los elementos brindados por la Dirección de Sanidad, seguir las instrucciones de sus superiores, y cumplir con los turnos asignados por la misma entidad.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - POLICIA NACIONAL**, con escrito visible a folios 440 a 447 del Cuaderno 1A , se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual adujo que la demandante estuvo vinculada a través de contratos de prestación de servicios bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993, por lo que no están presentes los elementos propios de una relación laboral como la que pretende sea declarada.

Luego de hacer una comparación de los principales rasgos distintivos del contrato laboral y el de prestación de servicios, como medios exceptivos, planteó los de ‘LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’, basada en que entre las partes existió una relación contractual de prestación de servicios regida por la Ley 80 de 1993, de la que no puede

derivarse la calidad de servidor público, además, dicho vínculo solo implicaba que la demandante prestara su concurso como enfermera jefe desarrollando tareas propias de esta área, sin que ello significara que existía subordinación; e 'INEXISTENCIA DE CAUSALES DE ANULACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO', aludiendo que no existen pruebas sobre la existencia de los elementos de una relación laboral, desviación de poder o falsa motivación, ni violación al debido proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ La **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL 482 a 485 C. 1A/**, aseguró que las labores desarrolladas por la demandante hacen parte del objeto social y el funcionamiento de la entidad, como lo es la prestación de servicios de salud ligada directamente a los derechos fundamentales de los afiliados, por lo que no puede darse interrupción alguna sobre tales servicios. No obstante, señaló que la subordinación no puede inferirse de manera automática por el cumplimiento de un horario de trabajo o por el desarrollo de las actividades en un lugar determinado, por lo que, considera, no se encuentran acreditados los elementos propios de una relación laboral.

Luego, explicó que la contratación de la señora LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA lo fue conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993 a través de la modalidad de prestación de servicios, por lo que es obligación del contratista realizar el pago de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones.

Finalmente, se refirió a pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, para concluir que el desarrollo de una función encomendada a través de la contratación por prestación de servicios, no

descarta acatar determinadas instrucciones ni el cumplimiento de un horario, pues aduce que tales elementos, no son concluyentes frente a la subordinación como elemento de las relaciones laborales.

➤ **PARTE DEMANDANTE /fls. 486 a 503 C. 1A/:** refirió que analizado el material probatorio que obra en el expediente, se tiene demostrado que entre las partes, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existió una verdadera relación laboral. Para sustentar su dicho, transcribió varios apartes de las declaraciones rendidas en la audiencia de pruebas para resaltar que los testigos fueron enfáticos en afirmar que la accionante prestó sus servicios como enfermera jefe para la entidad accionada, que recibía órdenes de superiores y estaba sometida a un horario, que desempeñaba funciones de homólogos de planta, y que no tenía autonomía para el desarrollo de sus funciones.

➤ El **MINISTERIO PÚBLICO** no realizó pronunciamiento alguno, según constancia secretarial visible a folio 504 del cuaderno principal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte demandante se anule el acto administrativo con el cual se negó la existencia de una relación laboral con la entidad llamada por pasiva, y en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de todos los emolumentos consagrados en la ley para los servidores públicos de planta.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- i) *¿Hubo una relación laboral administrativa entre la señora LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA y la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, por el lapso comprendido entre el 1° de diciembre de 2005 y el 15 de abril de 2018? o ¿simplemente se presentó un vínculo contractual de prestación de servicios?*

En caso afirmativo,

- i) *¿A qué créditos tiene derecho la parte demandante?*

(I)

EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La parte nulidisciente invoca en el capítulo de normas violadas y concepto de violación el artículo 53 constitucional que establece:

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

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades

para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

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

Por su parte, la H. Corte Constitucional ha garantizado con fundamento en los artículos 53 y 13 constitucionales, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades bajo el entendido de que muchas situaciones jurídicas aparecen con un velo de legalidad, cuando a las mismas subyacen diferentes situaciones contrarias al ordenamiento jurídico; tal es el caso de ciertos contratos de prestación de servicios en donde para disfrazar la relación laboral se acude a la apariencia de aquella modalidad contractual.

De otro lado, el H. Consejo de Estado en distintas ocasiones ha admitido la misma tesis del Supremo Tribunal Constitucional, pero luego ha optado por mantener incólume el contrato de prestación de servicios bajo las perspectivas que también se indicarán.

Como marco normativo para dilucidar el caso bajo estudio, esta Corporación partirá de la definición que trae la Ley 80 de 1993 sobre contrato de prestación de servicios (art. 32 ordinal 3º) en lo que sea compatible con el tema *sub-examine*, lo que también se explorará con base en la directriz del artículo 53 constitucional. No obstante, no es posible prescindir de los elementos que contiene la definición legal de contrato laboral que contiene el Código Sustantivo del Trabajo, que rige vínculos jurídicos de carácter laboral sin obstar que sean relaciones de trabajadores oficiales, empleados públicos o trabajadores particulares.

Deben hacer presencia entonces irrestrictamente y para que se configure una relación laboral: (i) la concurrencia de una prestación personal del servicio, (ii) la continuada subordinación o dependencia que le permita al empleador impartirle órdenes al trabajador y, (iii) un salario como retribución al trabajo realizado; sin importar, como ya se dijo, que la modalidad sea legal y reglamentaria o contractual, o quién sea el beneficiario del trabajo.

En efecto, el caso concreto y las codificaciones traídas al plenario se relacionan estrechamente con lo estipulado en la Ley 80 de 1993, en su definición de contrato administrativo de prestación de servicios, que en su artículo 32 ordinal 3º establece:

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

...
...

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

En examen efectuado por la H. Corte Constitucional del ordinal 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, respecto de su exequibilidad, se refirió a la cuestión que ahora se analiza, afirmando lo siguiente:

“(...) 3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una

persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de

planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido...

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se

requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración

contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo...”¹/Subrayas fuera de texto/.

En ningún caso, estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. A ello agréguese que si bien en los términos del artículo 32-3º de la Ley 80, admite como requisito para que se configure contrato de prestación de servicios la carencia de personal de planta de la entidad que prestará el servicio, en parte alguna prevé como elemento el tiempo completo, y tal como lo ha aceptado la jurisprudencia, tampoco debe desprenderse que dicho contrato también se tipifica con la sujeción o sometimiento o ausencia de discrecionalidad en la prestación del servicio.

¹ H. Corte Constitucional, Sentencia C-154 de fecha marzo 19 de 1997, expediente D-1430, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, estos son, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

(II)
**ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN
DE LA SALA**

i. Prestación personal del servicio y remuneración.

De acuerdo con la relación realizada por la parte actora, visible a folios 4 y 5 del cuaderno principal, y la cual fue aceptada expresamente como cierta como la **NACIÓN - POLICÍA NACIONAL**, la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** prestó sus servicios a la entidad demandada, durante las siguientes fechas, con su correspondiente remuneración con base en cada uno de los contratos aportados /fls. 32 a 162 C.1/, según se indica a continuación:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	FECHA INICIO	FECHA FINALIZACIÓN	REMUNERACIÓN
19-7-20148-2005	22 de diciembre de 2005	22 de marzo de 2006	1'600.000 /fl. 34 C.1/
19-7-20063-2006	28 de marzo de 2006	13 de febrero de 2007	1'600.000 /fl. 42 C.1/
19-7-20029-2007	2 de marzo de 2007	17 de abril de 2008	1'760.000 /fl. 52 C.1/
19-7-20033-2008	20 de abril de 2008	19 de mayo de 2009	\$ 1'760.600 /fl. 64 C.1/
19-7-20099-2009	8 de junio de 2009	7 de noviembre de 2010	\$ 1'848.600 /fl. 74 C.1/
19-7-20190-2010	18 de noviembre de 2010	8 de junio de 2011	\$1'848.000 /fl. 83 C.1/
19-7-20102-2011	28 de julio de 2011	17 de julio de 2012	\$1'848.000 ² /fl. 100 C.1/
19-7-2082-2012	2 de agosto de 2012	1° de agosto de 2013	\$1'906.582 /fl. 112 C.1/
19-7-20136-2013	9 de agosto de 2013	8 de junio de 2014	\$1'906.582 /fl. 112 C.1/
19-7-20083-2014	14 de julio de 2014	28 de febrero de 2015	\$1'982.845 /fl. 133 C.1/
91-7-20015-2015	8 de marzo de 2015	22 de abril de 2016	\$1'982.845 /fl. 145 C.1/
91-7-20038-2016	24 de abril de 2016	30 de abril de 2017	\$1'982.845 /fl. 154 C.1/

² El contrato N° 19-7-20102-2011, fue pactado por un valor total de \$22'176.000 para un total de 12 meses, y los pagos se efectuaron de forma mensual.

91-7-20053-2017	2 de mayo de 2017	15 de abril de 2018	\$1'982.845 /fl. 162 C.1/

En cuanto a las funciones desempeñadas por la demandante, se itera que, en consonancia con el material probatorio allegado al trámite, los contratos de prestación de servicios suscritos por la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** entre 2005 y 2018 tuvieron como objeto común la prestación de servicios profesionales como Enfermera Jefe³ y Enfermera⁴, en la CLINICA LA TOSCANA -POLICÍA NACIONAL, y Enfermera Profesional⁵ en el ÁREA DE SANIDAD DE CALDAS.

Así mismo se observa que tales contratos definieron el objeto la prestación de servicios como **enfermera profesional**, y en el acto administrativo demandado se señala que: *“(...) las funciones asignadas son las descritas por el prestador de servicios y los protocolos de toda enfermera en el ámbito público o privado según la Secretaría de Salud del Ámbito Nacional (...) Para el desarrollo de su función como contratista en la modalidad de Enfermera Jefe, está acorde a las necesidades de las entidades hospitalarias, con rotación de turnos y con plena autonomía en sus labores desarrolladas para la atención del paciente, y con respecto al uso de uniformes distintivos de la unidad, son la imagen corporativa que distingue a sus prestadores de servicios en la modalidad de contratistas, dotación suministrada por la entidad”* /fls. 30 y 31 C.1/.

Lo hasta ahora expuesto permite demostrar que la demandante **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** prestó sus servicios como enfermera jefe en la CLÍNICA LA TOSCANA, y que durante el cumplimiento de los contratos percibió una

³ Para los contratos 19-7-20148-2005, 19-7-20063-2006, 19-7-20029-2007, 19-7-20033-2008, 19-7-20099-2009, 19-7-20190-2010, 19-7-20102-2011.

⁴ Contratos 19-7-2082-2012, 19-7-20083-2014 y 91-7-20015-2015.

⁵ Contratos 19-7-20136-2013, 91-7-20038-2016 y 91-7-20053-2017.

contraprestación económica. No obstante, habida consideración que no es la existencia o no de una vinculación sino su aparente carácter laboral el aspecto materia de discusión en sede judicial, será la eventual subordinación durante dicho tracto contractual la que permitirá desatar el tema Litis, por lo que pasa ahora a analizarse.

ii) Subordinación

Es menester recordar que la subordinación se constituye en elemento esencial en aras de extraer el carácter laboral que subyace a una aparente vinculación contractual, y que como se anotó líneas atrás, dicho elemento debe trascender a la simple relación de coordinación entre quienes suscriben un contrato para lograr el cumplimiento del objeto pactado.

Bajo esta concepción lo primero que adquiere importancia para la Sala es la eventual sujeción o dependencia que desde diversos ámbitos se haya o no manifestado durante la relación contractual, aspecto sobre el cual se edifican las pretensiones de la demandante.

Frente a los elementos de prueba, el Consejo de Estado⁶ ha denotado lo siguiente:

“A la parte actora en el ejercicio de la acción jurisdiccional, le corresponde acreditar los elementos de la relación laboral que se dejaron enunciados. Vale decir, que con las funciones plasmadas en el contrato de

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del treinta y uno (31) de octubre de 2002. Exp. 20001-23-21-000-990756-01, Ref.1420-2001. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

prestación de servicios se desplegaron actividades propias de los servidores públicos.

Para lograr este objetivo, tendrá que revestir el proceso de pruebas documentales, testimoniales y los demás medios que sean pertinentes. A través de las documentales, tendrá que demostrar por ejemplo, que las actividades asignadas mediante contratos son similares o iguales a las cumplidas por el personal de planta; que al contratista se le brindaba el trato propio de un empleado público porque recibía órdenes y llamados de atención; que se le asignaban actividades que implicaban subordinación y dependencia; que recibía por concepto de honorarios unos ingresos aproximados a los devengados por el personal de planta (para efectos de desvirtuar indiciariamente el concepto de “honorarios”); que entregaba tareas e informes los cuales eran objeto de revisión o corrección, que los contratos se celebraban en intervalos próximos (para efectos de desvirtuar indiciariamente la temporalidad) o que el desarrollo de la función comprendía naturalmente elementos propios de la relación laboral.

A través de las testimoniales, podrá demostrar la subordinación, la dependencia, el cumplimiento de horario y de órdenes.”

A folios 163 a 274 del cuaderno principal, obran algunos cuadros con la asignación de turnos en el ÁREA DE SANIDAD - CLÍNICA LA TOSCANA de la POLICÍA NACIONAL, en los cuales se detallan uno a uno los días correspondientes a cada mes, así como la forma en que accionante **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** debía atender los turnos, esto es, si el día era libre (L), corrido (C*), de descanso (D), compensatorio (C), mañana (M), tarde (T), noche (N) medio tiempo (MT) o turno de ambulancia.

De otro lado, en el proceso se recibió el testimonio del señor **ALBERTO OSPINA QUINTERO**, médico y compañero de la accionante en la CLÍNICA LA TOSCANA, quien expuso que la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** se desempeñó como Enfermera Jefe en las áreas de hospitalización y urgencias, y que siempre prestó servicios en el área asistencial. Agregó que quienes prestan servicios asistenciales, siempre están sometidos al cumplimiento de los turnos de 12 horas asignados fijados por los superiores, y que éstos incluyen turnos diurnos, nocturnos, fines de semana y festivos.

Así mismo, mencionó el testigo que la accionante debía portar el uniforme de la CLÍNICA LA TOSCANA de la POLICÍA NACIONAL, y que los elementos utilizados para el cumplimiento de sus funciones eran de propiedad de la institución. Finalmente, adujo que en virtud de su contrato, la demandante percibía una remuneración mensual.

También rindió declaración el señor **JOSÉ ÁLVARO CARDONA VARGAS**, quien trabajó como médico en la CLÍNICA LA TOSCANA y compartió laboralmente con la demandante. El testigo informó que el servicio que la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN** prestaba se basaba en el cuadro de turnos que elaboraba la enfermera coordinadora y la dirección de la clínica, los cuales constaban de turnos de 12

horas diurnos y nocturnos, a cumplirse durante todos los días de la semana, sin que hubiera lugar al pago de recargos nocturnos, horas extra ni dominicales.

Frente a ello, precisó que no había ninguna libertad para la fijación de los turnos, y que tanto la demandante como los demás empleados de la clínica debían someterse a ellos, y que en ocasiones los turnos se extendían para asistir a las reuniones convocadas por desde la dirección de la institución. Así mismo, explicó que en caso de ausencia, la demandante debía garantizar que otro empleado de la clínica la reemplazara, previa autorización de la enfermera coordinadora.

Añadió, también, que la remuneración se realizaba a través de los honorarios pactados en virtud del contrato de prestación de servicios, y que los aportes a seguridad social eran responsabilidad netamente de la demandante. Finalmente, mencionó que para el desarrollo de sus labores, la señora LUZ ADIELA GUZMÁN hacía uso de los elementos de la CLÍNICA LA TOSCANA, y que debía portar siempre el uniforme de la institución.

Finalmente, rindió declaración la señora **ALBA PATRICIA GARCÍA RIVERA**, quien relató que la demandante desarrollaba funciones como Enfermera Jefe en la CLÍNICA LA TOSCANA, y que su contratación lo fue a través de la modalidad de prestación de servicios.

Indicó, al igual que los demás deponentes, que la señora GUZMÁN MEJÍA debía cumplir con turnos de 12 horas, los cuales eran fijados directamente por la Enfermera Coordinadora LINA CONSTANZA LÓPEZ, y que no existía la posibilidad de convenir los días de disponibilidad ni las funciones a desarrollar, pues las

órdenes provenían de la dirección. También, refirió que para ausentarse de la institución debía pedir autorización a sus superiores.

Finalmente, indagada sobre la forma en cómo eran desarrolladas las funciones asignadas, explicó que lo hacía con los implementos de la clínica, y que durante su permanencia debía portar el uniforme distintivo de la institución.

Culminado el análisis probatorio, para el Tribunal se encuentra demostrada de manera plena, suficiente y fehaciente la subordinación en desarrollo de los vínculos contractuales que ligaron a la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** con la entidad llamada por pasiva.

Un elemento central que acredita esta situación es la asignación de turnos para la prestación de los servicios a cargo de la accionante GUZMÁN MEJÍA, los cuales eran ordenados por la enfermera coordinadora, según los cuadros que fueron aportados al expediente, a los que aludió la Sala Plural en el segmento anterior.

Del contenido de estos documentos, emerge con claridad que la accionante no tenía ningún grado de autonomía o libertad para elegir los horarios en los que desarrollaba las tareas contractuales, por el contrario, se encontraba sujeta a la decisión que las enfermeras superiores adoptaran sobre los turnos y su modalidad (si era corrido, nocturno, medio tiempo, diurno o de ambulancia), además, tampoco se trataba de un cometido que como lo exige la tipología contractual inicialmente pactada, pudiera ser prestado por la demandante de manera intermitente o según su criterio horario, sino que precisaba su asistencia

a la sede de la entidad de manera obligatoria y permanencia durante las 12 horas que normalmente duraban esas jornadas.

La presencia de subordinación trasciende a la prueba documental, y guarda plena armonía con el contenido de las declaraciones recaudadas en este juicio. En este sentido, los 3 deponentes ratificaron de manera contundente que los horarios de trabajo eran asignados en los cuadros de turnos que les entregaba la enfermera coordinadora al inicio de cada mes, anotando también que la potestad de mando se extendía al personal uniformado, quien impartía instrucciones sobre la atención en salud, el cumplimiento de horario y la obligatoriedad de portar el uniforme de la institución.

Lo anterior adquiere mayor firmeza si se observa lo que ocurría cuando la accionante debía ausentarse de sus turnos por algún motivo, casos en los cuales se indicó que era imperativo contar con la autorización de la enfermera coordinadora. Adicionalmente, los elementos con los que se prestaba el servicio eran de propiedad de la entidad demandada, argumentos que también hacen desestimar la supuesta autonomía de la demandante GUZMÁN MEJÍA en sus labores, elemento cardinal en caso de que el vínculo se limitara a la prestación de servicios profesionales, como lo ha sostenido la entidad accionada.

En conclusión, las pruebas recaudadas permiten desvirtuar la presunción que existe frente al elemento distintivo de las relaciones contractuales de prestación de servicios, como lo es la inexistencia de subordinación, sujeción, mando o dependencia entre las partes. En el caso concreto, lo probado conduce a concluir que la demandante LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA no gozaba de la autonomía propia de cualquier contratista de prestación de servicios, y que a los acuerdos contractuales que suscribió con la POLICÍA NACIONAL subyacía una

verdadera relación de orden laboral, lo que conduce a anular el acto administrativo demandado y a acceder a las súplicas de la parte actora.

PRESCRIPCIÓN.

Los Decretos 3135 de 1968 -artículo 41- y 1848 de 1969 -artículo 41-, los cuales, en materia de prescripción extintiva en asuntos laboral, disponen:

“Decreto 3135 de 1968, artículo 41: Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

“Decreto 1848 de 1969, artículo 102: Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

Sobre la prescripción en asuntos del denominado “contrato realidad”, la ya referida sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 proferida el 25 de agosto de 2016⁷, señaló:

“Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado”.

En providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de la Sección Segunda⁸ explicó que *“Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro*

⁷ Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter dentro del proceso con radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 11 de marzo de 2016, expediente: 47001233300020140015601 (2744-2015), actora: Ana Eleuteria Oliveros Carpio, demandado: municipio de Santa Ana (Magdalena).

de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral”.

Por lo tanto, asegura la Sección Segunda que si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Así las cosas, la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** contaba con 3 años, desde la finalización de cada relación laboral para presentar la reclamación de prestaciones sociales laborales económicas, siempre y cuando entre cada nuevo contrato y el anterior exista solución de continuidad. Lo anterior, de conformidad con el más reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado⁹, que dispuso:

“(...) La existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución

⁹ Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021, del 9 de septiembre de 2021 Consejero Ponente Rafael Francisco Suarez Vargas.

de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios (...)”.

Atendiendo lo antes expuesto, se hace la siguiente relación:

Contrato	Período de Ejecución		Solución de continuidad
19-7-20148-2005	22 de diciembre de 2005	22 de marzo de 2006	NO
19-7-20063-2006	28 de marzo de 2006	13 de febrero de 2007	NO
19-7-20029-2007	2 de marzo de 2007	17 de abril de 2008	NO
19-7-20033-2008	20 de abril de 2008	19 de mayo de 2009	NO
19-7-20099-2009	8 de junio de 2009	7 de noviembre de 2010	NO
19-7-20190-2010	18 de noviembre de 2010	8 de junio de 2011	SÍ
19-7-20102-2011	28 de julio de 2011	17 de julio de 2012	NO
19-7-2082-2012	2 de agosto de 2012	1° de agosto de 2013	NO
19-7-20136-2013	9 de agosto de 2013	8 de junio de 2014	NO
19-7-20083-2014	14 de julio de 2014	28 de febrero de 2015	NO
91-7-20015-2015	8 de marzo de 2015	22 de abril de 2016	NO
91-7-20038-2016	24 de abril de 2016	30 de abril de 2017	NO
91-7-20053-2017	2 de mayo de 2017	15 de abril de 2018	ÚLTIMA VINCULACIÓN

Así las cosas, teniendo en cuenta que entre los contratos 19-7-20190-2010 y 19-7-20102-2011 se presentó una interrupción mayor a 30 días hábiles, operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de las relaciones laborales que se suscitaron antes del contrato No. 19-7-20190-2010, inclusive, exceptuando las diferencias que existan entre los aportes pensionales que fueron pagados y los que habrían de pagarse por el empleador. Lo anterior, en tanto la reclamación efectuada por la demandante ante la POLICÍA NACIONAL para que se

reconocieran los réditos derivados de la relación laboral data del 22 de junio de 2018.

Finalmente, ha de indicarse frente a la solicitud de indemnización respecto de los aportes realizados por al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha de indicarse que el H. Consejo de Estado con Sentencia de Unificación de 9 de septiembre de 2021¹⁰, precisó que “es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal”.

Así pues, al haberse demostrado entonces la existencia de una relación laboral entre la señora LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA y la POLICÍA NACIONAL, se dispondrá el pago de los valores equivalentes a las prestaciones sociales y salariales ordinarias que, liquidadas sobre el valor de los honorarios reconocidos a la demandante en cada periodo de servicio, hubiese percibido un empleado de planta de la entidad demandada.

EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se condenará a la NACIÓN - POLICÍA NACIONAL a pagar a favor de la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA**, las sumas equivalentes a todas las **prestaciones sociales y salariales ordinarias** a que tenga derecho un enfermero de planta, las cuales deberán ser liquidadas tomando como base los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual. Dicha liquidación y pago de prestaciones deberá efectuarse para el periodo comprendido entre el **28 de julio de 2011 y el 15 de abril de 2018**. Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

¹⁰Idem.

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

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

En punto a los **aportes al sistema de seguridad social en pensiones** que efectuó la accionante en calidad de contratista, la demandada deberá retornar a la actora el mayor valor que resulte entre los aportes en pensiones que aquella hubiese debido efectuar como empleada para el periodo comprendido entre el **22 de diciembre de 2005 y el 15 de abril de 2018**, respecto de los que realizó en calidad de contratista. La demandada tomará el IBC pensional de la demandante (los honorarios pactados), durante todos los periodos en los cuales prestó servicios a la entidad, mes a mes, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si la actora hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria.

El pago de las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizará de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de pensiones, toda vez que dichos aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio por parte del

demandante a la POLICÍA NACIONAL, con un I.B.C. equivalente a los honorarios contractuales pactados.

Costas.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 -adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021-, y el artículo 365-3 del Código General del Proceso (CGP), se condenará en costas a la demandada, cuya liquidación y ejecución se someterán a los dictados de la última codificación referida (Ley 1564/12). Como agencias en derecho, se fija el equivalente al dos por ciento (3%) del valor que resulte de la condena y deba pagar la accionada, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL** del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRASE la nulidad Oficio N° S-2018 ARSAN - JEFAT - 3.1 datado el 9 de julio de 2018, con el cual **NACION POLICIA NACIONAL - CLINICA LA TOSCANA** negó la existencia de una relación laboral con la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** durante el tiempo en que esta se desempeñó en calidad de auxiliar de enfermería.

DECLÁRASE la existencia de una relación laboral entre el **NACION POLICIA NACIONAL - CLINICA LA TOSCANA** y la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA** entre el **22 de diciembre de 2005 y el 15 de abril de 2018**.

DECLÁRASE la prescripción de todo rubro con origen en la relación laboral sostenida entre la **POLICÍA NACIONAL** y la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA**, causada con anterioridad **28 de julio de 2011** exceptuando los aportes a fondos de pensiones que debieron ser realizados por la entidad accionada en calidad de empleadora.

CONDÉNASE a la **NACION POLICIA NACIONAL - CLINICA LA TOSCANA** a efectuar los siguientes reconocimientos y pagos a favor de la señora **LUZ ADIELA GUZMÁN MEJÍA**:

- Las sumas equivalentes a todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias a que tenga derecho un Enfermero Jefe vinculado a la **CLÍNICA LA TOSCANA DE LA POLICÍA NACIONAL** mediante vinculación legal y reglamentaria, prestaciones que deberán ser liquidadas para el periodo comprendido entre el **28 de julio de 2011 y el 15 de abril de 2018**, tomando como base los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual, las cuales deberán cancelarse por el periodo ya identificado, e indexarse conforme se indica en la parte motiva de la sentencia.
- Liquidar y pagar a favor de la demandante, los mayores valores que resulten entre los aportes a pensión que aquella hubiese debido efectuar como empleada, respecto de los que realizó en calidad de contratista -según comprobación a efectuar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos efectuó la accionante-, lo anterior

por el periodo comprendido entre el **22 de diciembre de 2005 y el 15 de abril de 2018**.

➤ Liquidar con base a un IBC pensional equivalente a los honorarios pactados, durante todos los periodos en los cuales la actora prestó servicios a la entidad mes a mes, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si la nulidisciente hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria -según comprobación a efectuar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos efectué la accionante-.

En todo caso, el pago de las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizará de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de pensiones, toda vez que dichos aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio por parte de la demandante a la POLICÍA NACIONAL, con un I.B.C. equivalente a los honorarios contractuales pactados.

COSTAS a cargo de la entidad demandada. **FÍJASE** como agencias en derecho, el equivalente al 3% de la condena que deba pagar la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N° 037 de 2023.

NOTIFÍQUESE



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, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2019 00005 00
Demandante:	Pedro Eliecer Menjura Escobar
Demandado:	Assbasalud ESE
Providencia:	Sentencia No. 131

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

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

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

“PRIMERA: Declarar la nulidad del Oficio GER - 436 del 17 de julio de 2018 expedido por ASSBASALUD E.S.E., mediante el cual denegó las peticiones formuladas, consistentes en el reconocimiento de una relación laboral, legal y reglamentaria, la cual existió entre ASSBASALUD E.S.E. y el señor PEDRO ELIECER MENJURA ESCOBAR, en virtud de los sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos desde el 03 de julio de 2008 hasta el 31 de mayo de 2016.

SEGUNDA: Declarar el reconocimiento de una relación laboral, legal y reglamentaria, la cual existió entre el ASSBASALUD E.S.E. y el señor PEDRO ELIECER MENJURA ESCOBAR, en virtud de los sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos desde el 03 de julio de 2008 hasta el 31 de mayo de 2016, y en consecuencia ordenar el pago a título de indemnización de todas las prestaciones sociales, tales como prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales y festivas, prima de servicios, reliquidación de salarios y en

general los factores salariales que contemplen las leyes y los decretos para los servidores públicos de planta de ASSBASALUD E.S.E.

TERCERA: Como consecuencia de la anterior solicitud, se cancele a favor del señor PEDRO ELIECER MENJURA ESCOBAR la suma de OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE \$81.147.395 (103.8 SMLMV

CUARTA: Que se declare el reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondientes al sistema integral de seguridad social, pensión y riesgos profesionales a título de indemnización, los cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

QUINTA: Que las sumas reconocidas deberán contener la actualización, los intereses y las indexaciones de acuerdo al IPC, así como el pago y reconocimiento de los ajustes de valores a que haya lugar por motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada uno de los salarios y prestaciones adeudadas.

SEXTA: Que se condene en costas a la entidad demandada, y en favor de mi representado.”

2. Hechos.

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

- Que el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud ESE Suscribieron contratos de prestación de servicios durante los años 2008 y 2016 de manera continua y sucesiva; para prestar sus servicios de odontólogo general, en el centro que Assbasalud ESE lo requiera.
- Afirma que en los contratos suscritos se establecieron las obligaciones a cumplir por parte del demandante, y que, Assbasalud cuenta con personal de planta para realizar iguales funciones a las realizadas por el señor Pedro Eliecer Menjura.
- Que al demandante no se le reconocían prestaciones sociales, ni emolumentos adicionales, a los cuales si tenían derecho los odontólogos de planta de la entidad.
- Que el señor Pedro Eliecer Menjura prestaba sus servicios de manera personal, cumpliendo los horarios asignados por la demandada en jornadas laborales que iban entre las 7:40 a.m. y las 3:00 p.m., asistiendo además a reemplazos, reuniones administrativas y capacitaciones.
- Que el demandante tenía como jefe inmediato a la Coordinadora de Odontología, vinculada a la entidad por un vínculo legal.

- Que el demandante desempeñaba sus actividades bajo subordinación, dependencia, y, de manera continuada; lo que configura una relación legal y reglamentaria entre las partes, encubierta por los contratos de prestación de servicios suscritos.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 1, 2, 6, 11, 12, 13, 23, 25, 29, 53, 125, 209 y 277 de la Constitución Política.

En el concepto de violación hace un extenso relato de la prestación de servicios del demandante en la modalidad de prestación de servicios, y, desarrolla cada uno de los elementos necesarios para que se configure una relación laboral; afirmando que, la demandante tenía una relación de subordinación y dependencialaboral con Assbasalud ESE.

Expone ampliamente los elementos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y dependencia, objeto contractual, cumplimiento de horarios, capacitaciones y reuniones obligatorias, presentación personal y elementos, jerarquización de la función, imposición de funciones de dirección, indelegabilidad de funciones, funciones y labores similares a odontólogos, órdenes y direccionamiento continuo, permanencia del servicio y solución de continuidad.

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

La parte accionada contestó la demandada mediante apoderado judicial pronunciándose sobre los hechos, y aclarando que, Assbasalud era una entidad descentralizada del orden municipal, regida por el entonces Decreto Nacional 130 de 1976; y que el personal vinculado estaba sometido al régimen privado mediante contrato laboral a término indefinido; y afirma que mediante el Decreto Extraordinario Municipal Nro. 234 del 15 de julio de 1996, la Asociación pasó a ser de Participación Mixta.

Sostiene el apoderado que el contratista no desempeñó funciones continuas y subordinadas, tenía plena autonomía para cumplir con el contrato y las actividades

pactadas, y que, los contratos celebrados, fueron debidamente liquidados entre las partes.

Por otra parte, dice que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que, en el caso de quienes prestan servicios de apoyo en el sector público en el área asistencial, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva, o no se cuenta con el personal suficiente de profesionales en la planta pública, como en el presente asunto, que dice, se requirió del apoyo de Profesionales en odontología para atender el requerimiento de los usuarios en los servicios asistenciales, cumpliendo agenda de turnos pactados desde la celebración del contrato, acorde a la disponibilidad profesional y coordinado con el supervisor del contrato y no un horario laboral obligatorio como se afirma por el actor.

Dice que el demandante, no desempeñó funciones Públicas en la entidad Assbasalud ESE subordinadas y exclusivas y dependientes, carga que le competía probarla el demandante, pues tenía el ex contratista plena autonomía para celebrar y ejecutar el contrato y las actividades pactadas, era de su libre voluntad pactarlos y ejecutarlos, no existía norma que le obligara a su cumplimiento, inclusive en el evento de no prestar turnos según su disponibilidad, el único inconveniente para el contratista era el no pago del turno.

Finalmente, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, y propone las excepciones que denomina: *“Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones Sociales) en favor del ex contratista Pedro Eliecer Menjura Escobar”, “Cobro de lo no debido”, “Excepción genérica del artículo 282 del CGP”; “Caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral”; “Presunción de legalidad de los contratos aportados como prueba suscritos entre Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud”, “Presunción de legalidad de las liquidaciones de los contratos suscritos entre Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud.”*

5. Alegatos de conclusión

- Parte demandante (Documento 26 del expediente digital)

La parte demandante hace un recuento de la demanda y la contestación de la misma, así como del marco normativo relacionados con las plantas de personal, y sentencias de unificación del consejo de estado en materia de contrato realidad; para considerar que se probó la existencia de 66 contratos de prestación de servicios celebrados entre la parte demandante y demandada.

Hace referencia a sentencias del Consejo de Estado, relacionadas con la relación legal y reglamentaria en el personal de salud, y afirma que la demandada desconoció los fines del Estado con relación al trabajo digno, reconocimiento de todos los derechos laborales a los cuales tiene derecho el demandante y que, se aprovechó de la suscripción de los contratos de prestación de servicios para camuflar una verdadera relación laboral.

Se pronuncia sobre las pruebas documentales que reposan dentro del proceso y afirma que éstas demuestran la prestación personal del servicio y los extremos laborales.

Luego se refiere a la prueba testimonial recibida en este asunto, y sostiene que en todos ellos se dice que la parte demandante prestaba sus servicios en las instalaciones de diversos centros de salud de Assbasalud ESE; que la prestación era personal e indelegable.

Hace mención de los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

Refiere que no hay prescripción en este asunto, y relaciona todos los contratos, los extremos temporales, duración y valor.

Finalmente, se pronuncia sobre la tacha del Testigo José Samuel Ramírez, afirmando que éste fue imparcial en su declaración, que la hizo bajo gravead de juramento y que, respondió las preguntas conforme a su conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le constaban; siendo vital éste testimonio por ser un compañero de trabajo del demandante, señor Pedro Eliecer Menjura; y solicita que se resuelvan favorablemente las súplicas de la demanda.

- Parte demandada (Documento 28 del expediente digital)

El apoderado judicial de la parte demandada presentó su escrito de alegatos reiterando en su totalidad los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

Sostiene que al contrario de las pretensiones por una presunta relación laboral, se probó en el debate que la relación emanada entre las partes fue consensual, bilateral, en el marco de contratos de prestación de servicios profesionales, regidos por ley 80 de 1993; además el profesional demandante tenía pleno conocimiento que los contratos celebrados eran de prestación de servicios profesionales; y que, lo ofrecido a la entidad demandada era la oferta de servicios médicos que ofertaba la profesional en consultas en los servicios de urgencias de ASSBASALUD ESE, en los turnos elegidos y acordados con la coordinación de las clínicas, y supervisor del contrato, todo ello de conformidad con la disponibilidad de horas ofrecidas por el profesional.

Señala que, del testimonio del odontólogo Andrés Mauricio Padilla se desprende que la forma de pago era por honorarios, y que había un porcentaje tope para la prestación del servicio, no obstante, si el mismo era superado no había dificultad alguna; así como que, con los testimonios no se logró acreditar la subordinación ni el cumplimiento de un horario.

Sostiene que en los contratos no se pactó cláusula de exclusividad y que la testigo Ana María Carvajal Aristizábal declaró que agendaba las citas acogiendo la disponibilidad del profesional en odontología y que, en cualquier momento el profesional podía suspender el contrato y reanudar luego el mismo.

Afirma reiterar la tacha del testigo señor José Samuel Ramírez por su parcialidad y amistad con el demandante; sumado a tener intereses por tener demandada a Assbasalud ESE con iguales pretensiones a las de este caso.

Finalmente estudia cada uno de los elementos de una relación legal, argumentando la inexistencia de los mismos en el asunto de estudio; y dice que, en el caso que se acceda a las pretensiones de la demanda, hay lugar a declarar la prescripción.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial de 25 de noviembre de 2021 que se encuentra en el documento 31 del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Excepciones.

Frente a las excepciones propuestas por la demandada Assbasalud ESE, en audiencia inicial llevada a cabo el 5 de febrero de 2020 se resolvió declarar infundada la excepción de caducidad; por lo que, las demás excepciones propuestas se resolverán con el mismo.

2. Problema jurídicos a resolver:

¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del acto administrativo con radicación GER-436 de fecha 17 de julio de 2018, mediante el cual Assbasalud ESE, negó al demandante, señor Pedro Eliecer Menjura Escobar la existencia de una relación laboral, por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?

Para resolver ello, es necesario establecer si ¿entre Assbasalud E.S.E. y el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar Muñoz, existió una relación laboral, que la hace acreedora al pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba como médica, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?.

3. Análisis normativo.

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

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

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

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

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

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

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

El inciso primero del artículo 122 Constitucional precisa:

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

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

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

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

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

agreguen”. (Subraya la Sala).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Análisis jurisprudencial.

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

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

2.3.3.2. Subordinación continuada

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

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

104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico

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

facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

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

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

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

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En - cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de seti que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún

caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.” (Subraya la Sala).

5. Análisis fáctico.

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

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

Contratos de prestación de servicios:

Contrato de prestación de servicios Nro.	Fecha inicial	Fecha final
SFP 799	03/07/2008	31/07/2008
1032	23/09/2008	14/10/2008
1115	24/10/2008	21/11/2008
1250	16/12/2008	30/12/2008
061	02/01/2009	31/01/2009
250	02/02/2009	31/07/2009
571	01/08/2009	31/01/2010
134	01/02/2010	30/06/2010
391	01/07/2010	31/08/2010
528	01/09/2010	15/12/2010
694	16/12/2010	15/01/2011
022	17/01/2011	30/06/2011
239	01/07/2011	30/09/2011
418	01/10/2011	31/12/2011

019	02/01/2012	31/01/2012
166	01/02/2012	29/02/2012
297	01/03/2012	31/07/2012
592	01/08/2012	15/01/2013
046	16/01/2013	30/06/2013
431	02/07/2013	30/09/2013
768	01/10/2013	10/01/2014
36	13/01/2014	30/04/2014
288	06/05/2014	31/08/2014
661	01/09/2014	30/09/2014
728	01/10/2014	30/11/2014
1044	01/12/2014	09/01/2015
033	13/01/2015	31/01/2015
0192	02/02/2015	31/07/2015
471	01/08/2015	30/09/2015
662	01/10/2015	31/10/2015
864	03/11/2015	30/11/2015
1056	01/12/2015	23/12/2015
019	05/01/2016	31/01/2016
143	01/02/2016	29/02/2016
269	01/03/2016	31/03/2016
392	01/04/2016	30/04/2016
509	02/05/2016	31/05/2016

El objeto de los contratos relacionados, suscritos entre el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbsalud ESE es el siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete con ASSBSALUD ESE a prestar sus servicios profesionales como Odontólogo General apoyando el proceso de salud oral, con oportunidad, eficiencia, eficacia, suficiencia, idoneidad y pericia en el Centro de Salud que ASSBASALUD ESE requiera, actividades que serán coordinadas con al funcionario que lidera las actividades en el respectivo centro de atención”.

- Constancia del área de contratación de Assbasalud ESE de 28 de febrero de 2019 (Fl. 549 C. 1B, documento 05 del expediente digital), de la cual se transcribe: “(...) que el contratista señor Pedro Eliecer Menjura Escobar (...) estuvo vinculado por contrato de prestación de servicios desde el 2008 al 2016 y se contrataron por prestación de servicios en promedio los siguientes odontólogos (...)”.

En la misma constancia se describen las siguientes obligaciones contractuales del señor Pedro Eliecer Menjura Escobar:

“Las siguientes son las obligaciones contractuales asignadas:

“EL CONTRATISTA se obliga para con ASSBASALUD ESE. a: 1) Prestar sus servicios de acuerdo con las normas propias de su profesión y la Ley 35 de 1989 sobre Ética del Odontólogo Colombiano. 2) Realizar las gestiones profesionales o actividades encomendadas respecto a los reglamentos de ASSBASALUD establecidos en las normas, protocolos, manuales y guías de atención, conservando su autonomía profesional. 3) Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por ASSBASALUD ESE, para la ejecución de las actividades convenidas y a no utilizar para fines y en lugares diferentes a los contratados y a devolverlos a la Institución terminación del presente contrato, por tanto se compromete a emplear el mayor cuidado en el uso y la conservación de los elementos y equipos puestos bajo su cuidado y se responsabiliza de los daños o pérdida que sufran estos, a excepción del deterioro natural por el uso, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 2202, 2203, 2204 del Código Civil, pero no será responsable de los eventos de Caso Fortuito y Fuerza Mayor. 4) Comprometerse a guardar la confidencialidad de toda la información que le sea entregada y que se encuentre bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia deba conocer o manipular y responderá patrimonialmente por los perjuicios de su divulgación y/o utilización indebida que por si o por un tercero se cause a la administración o a terceros. 5) Colaborar con ASSBASALUD ESE en el logro de sus fines y en la misión que se ha propuesto de promover y mantener la salud integral de los pacientes, por medio de un servicio efectivo, en las fases de promoción, prevención, atención y rehabilitación. En las actividades de Promoción y Prevención realizará en calidad y cantidad las actividades que sean programadas para el logro del cumplimiento de las metas; en cuanto a la atención y rehabilitación se realizarán las actividades odontológicas de primer nivel de atención descritas en la Resolución 5261 de 1994 y en el acuerdo 008 de 2009, Radiografías intraorales (periapicales y/o coronales), OPERATORIA DENTAL: la amalgama se utilizara para restauración de posteriores y resina para restaurar dientes anteriores, el ionómero de vidrios se utilizara como obturación definitiva en dentición decidua o temporal y en dientes permanentes para obturar lesiones cervicales, ENDODONCIA: endodoncia uni y multirradicular. CIRUGIA ORAL: exodoncia simple. 6) Obrar con lealtad y buena fe las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y en tratamientos que puedan presentarse. 7) Cumplir con la obligación de pagar mensualmente los aportes de salud y pensión en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en concordancia con el Decreto 1703 de 2002. 8) Diligenciar los formatos y elaborar los informes relacionados con el proceso de Salud Oral, 9) 11) Asistir a los procesos de inducción que requiera la entidad, con el objeto de generar el Ocupacional de la Entidad de acuerdo a lo establecido por el área de Salud Ocupacional de la empresa. entrenamiento adecuado en la prestación de los servicios con calidad. 12) La presentación personal para la prestación de los servicios debe ser acorde a los lineamientos fijados por la empresa, cumpliendo con la imagen corporativa de la Entidad, y las políticas de salud ocupacional. 13) Llevar a cabo el cumplimiento del contrato de acuerdo a los protocolos, guías, normas, procesos y procedimientos establecidos en la Entidad para el manejo de los usuarios. 14) En la prestación de los servicios propender por el manejo adecuado del sistema de información de la empresa, el diligenciamiento de la historia clínica, y el cuidado de los equipos e instrumentos con los que cuenta la institución para la prestación de los servicios de salud, otros. 15) Cumplir con los planes de mejoramiento que sean necesarios de acuerdo a las interventorías, auditorías internas y externas o supervisión que se le realicen en la ejecución del contrato de

prestación de servicios. 16) Facilitar y colaborar en todos los procesos relacionados con la ejecución de los convenios docencia servicio que tiene ASSBASALUD con las instituciones educativas.

Se expide esta constancia para dar respuesta a requerimientos judiciales”.

- Constancia de la líder del programa de gestión humana de Assbasalud ESE de 28 de febrero de 2020 (Fl. 551 C. 1B, documento 05 del expediente digital), de la que se extrae lo siguiente: “(...) Que para el periodo comprendido entre el año 2008 a la fecha de hoy, ASSBASALUD ESE ha tenido en su planta de personal odontólogos de tiempo completo así: 2008 a 2020 3 odontólogos de tiempo completo; de 2008 a 2013 9 odontólogos de medio tiempo, y de 2014 a 2015 5 odontólogos de medio tiempo”

que el contratista señor Pedro Eliecer Menjura Escobar (...) estuvo vinculado por contrato de prestación de servicios desde el 2008 al 2016 y se contrataron por prestación de servicios en promedio los siguientes odontólogos (...).”

Esta constancia también describe las funciones desempeñadas por odontólogos de planta de la entidad así:

“(...) Las funciones que actualmente desempeñan los odontológicos de la entidad, están establecidas en el Acuerdo N° 019 del 23 de octubre de 2019, así:

- 1. Realizar los procedimientos odontológicos en forma ética y responsable, que garanticen el bienestar de la salud oral de los usuarios: Examen clínico, educación, mantenimiento de la salud, operatoria, rehabilitación, de acuerdo a las normas, protocolos, guías, procedimientos, código de integridad y los deberes y derechos de los ciudadanos adoptados en la entidad.*
- 2. Supervisar y controlar el desempeño de las funciones del Auxiliar de Odontología e Higienista Oral.*
- 3. Diligenciar con calidad y oportunidad la Historia Clínica y los elementos que la adicione o complementen, observando cabalmente la reglamentación que para tal efecto ha expedido el gobierno nacional y la que ASSBASALUD ESE adopte o complementen.*
- 4. Realizar actividades en salud de tipo administrativo y asistencial dentro del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad en Salud.*
- 5. Manejar adecuadamente los equipos, instrumental y demás recursos dispuestos herramienta de trabajo para el ejercicio de las funciones, bajo los parámetros establecidos por la entidad.*
- 6. Custodiar el correcto almacenamiento, conservación y suficiencia de las existencias de insumos y elementos requeridos para la atención de los usuarios.*
- 7. Realizar toma de radiografías periapicales según manuales, instructivos y protocolos establecidos por la empresa. Esto en caso de ser la persona delegado para esta función.*
- 8. Planear y recibir las diferentes auditorías de entes internos y externos relacionadas con los procesos a cargo; elaborar, ejecutar y monitorear los planes de mejoramiento producto de éstas que contengan hallazgos relacionados con los procesos a cargo.*

9. Mantener actualizada la información en los sistemas, aplicativos u otros medios tecnológicos de su competencia, de acuerdo con los estándares de seguridad y privacidad de la Información en cumplimiento de las políticas aprobadas por ASSBASALUD ESE.
10. Cumplir con las disposiciones asociadas a la operación de los procesos transversales relacionadas con el sistema integrado de gestión.
11. Contribuir desde el ámbito de su competencia en la identificación y ejecución de acciones para la mitigación de los riesgos.
12. Las demás que le sean asignadas por su jefe inmediato y que estén acordes con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.”

6. De la prueba testimonial.

De la tacha de testimonios.

El apoderado judicial de la demandada Assbsalud ESE tacha al testigo José Samuel Ramírez Gutiérrez, por cuanto éste también tiene un proceso contra la entidad por haber fungido como contratista.

Frente a la tacha de testimonios, el Consejo de Estado² ha sostenido:

“(…) Bajo ese contexto, se encuentra demostrado dentro del plenario que la accionante prestaba sus servicios en las instalaciones de la entidad en las oficinas de la UAO de Manizales en cumplimiento de un horario por la naturaleza mismas de sus funciones, las cuales entre otras consistían en atención al público.

Ahora, aunque la entidad accionante en el curso de la apelación discrepó de lo manifestado por el señor Jairo de Jesús Arcila García en calidad de testigo al considerar que podrían tener interés en las resultas del proceso, ello, no implica que deba ser desestimado per se, sino que su declaración debe ser analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica y si es del caso, refutar lo dicho por este, de conformidad con los demás medios probatorios.

En un asunto particular esta Subsección³ sostuvo:

*«En el recurso de apelación el demandado insiste en la tacha de los testigos, fundamentado en que los declarantes tuvieron la misma condición de contratistas que el demandante, **promovieron demandas a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales y en tal virtud, se vicia la imparcialidad de sus versiones.***

*De conformidad con lo previsto en el artículo 218 del C.P.C., el juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y, en el caso bajo análisis, **si bien es cierto, en principio, se podría considerar que los declarantes podrían tener interés en las resultas del proceso, por tener litigios similares al que nos ocupa, también lo es que dada su condición de compañeros en el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia, que conocieron de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante prestó sus servicios se consideran testigos idóneos para rendir declaración al respecto.***

[...]

Así las cosas, tratándose de circunstancias personalísimas relacionadas

con la prestación del servicio del demandante, la Sala estima que no se evidencia que las versiones de los testigos hubieran estado parcializadas o encaminadas a favorecer sus propios intereses, razón por la cual les dará total valor probatorio.»

De lo anterior se colige la imposibilidad de desestimar un testigo porque interpuso una demanda a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales, pues aunque podría tener algún interés en las resultas del proceso, lo cierto es que dada la condición de compañeros de trabajo, el declarante pudo conocer de manera directa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que el demandante desplegó sus funciones, ese orden, tal como lo dispuso la sentencia de la referencia resulta ser testigo idóneo para rendir las declaraciones, las mismas que serán valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica. (...)” (Subraya la Sala)

Por su parte el artículo 211 del Código General del Proceso dispone con relación a la imparcialidad del testigo:

“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Ahora, la tacha que formula el apoderado judicial de la parte demandada se funda en que el testigo tiene interés en el asunto por el hecho de tener igualmente demandada a Assbasalud ESE por haber sido contratista de dicha entidad.

Sea lo primero señalar que, en virtud del artículo 83 constitucional, se presume la buena fe en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas; por lo que, en este caso, se presume la buena fe en la versión que rindió el testigo José Samuel Ramírez Gutiérrez, bajo la gravedad de juramento.

De lo expuesto se colige la imposibilidad de desestimar un testigo porque interpuso una demanda a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales, pues aunque podría tener algún interés en las resultas del proceso, lo cierto es que dada la condición de compañeros de trabajo, el declarante pudo conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante desplegó sus funciones, en ese orden, resulta ser testigo idóneo para rendir las declaraciones por lo que será valorado en su integridad, de conformidad con las

reglas de la sana crítica; por cuanto dicha versión además, no advierte imparcialidad alguna.

Dentro de este asunto se recibieron en total 4 testimonios, de los cuales se permite la Sala hacer un resumen de cada una de las versiones rendidas así:

José Samuel Ramírez Gutiérrez.

Odontólogo

- Dice que conoció al señor Pedro Eliecer Menjura, que ambos trabajaron en Assbasalud ESE, y que había más de 20 odontólogos en dicha entidad, vinculados a la planta de personal y por prestación de servicios.
- Sostiene que el demandante prestaba los servicios de salud como odontólogo de siete de la mañana a tres de la tarde, y dos sábados al mes; que cumplían con la agenda de 22 pacientes diarios, la cual estaba establecida por parte de Assbasalud; y que los instrumentos utilizados para prestar el servicio los suministraba la entidad.
- afirma que había una reunión mensual, en la cual se encontraban todos los profesionales, de planta y por contrato; en las cuales les daban capacitaciones, les explicaban del sistema de historia clínica virtual entre otros, y que, la asistencia a dichas reuniones era obligatoria. Y, para los permisos, se debían solicitar a la doctora Ana María, quien consideraba lo pertinente, o remitía a recursos humanos.
- Refiere que la agenda impuesta debía cumplirse a cabalidad, y de manera personal, sin poder delegar esas funciones, y que se les cancelaba mensualmente el dinero por la prestación de sus servicios, previa constancia de pago por parte de los contratistas a salud y pensión.

Testigo Andrés Mauricio Padilla.

Odontólogo

- Afirma el testigo que trabajó con el demandante en Assbasalud ESE, y que el demandante ejercía como odontólogo en el área rural; y la entidad era quien proveía los insumos para prestar los servicios.
- Sostiene que eran muchos odontólogos, unos en carrera administrativa y los de prestación de servicios, que todos cumplían las mismas funciones; y que los

contratistas tenían un tope salarial del 17%, fijado por la demandada.

- Dice que había evaluaciones de historias clínicas y del rendimiento de su trabajo; y que, no podían prestar actividades por fuera de la entidad.
- Refiere que el demandante debía realizar sus pagos al sistema de seguridad social; que debía hablar con la jefe de sede para la solicitud de permisos para ausentarse de la entidad o no asistir a la misma.
- Que los cuadros de turnos los asignaban la jefe de la sede, y había directrices con la Coordinación Odontológica para ver donde se requerían odontólogos; ellos decían a donde debían ir a atender los pacientes, la distribución la hacía Assbasalud.

Testigo Aldemar Piedrahíta Restrepo.

Conductor

- Afirma que trabajó con el señor Pedro Eliecer Menjura en Assbasalud, que el señor Aldemar trabajaba como conductor en la unidad móvil y que el demandante era odontólogo en el Bajo Tablazo.
- Que lo veía con delantal y gorro que estaban marcadas con Assbasalud.
- Dice que la señora Ana María Carvajal era la jefe de los odontólogos.

Testigo Ana María Carvajal Aristizábal.

Odontóloga Profesional Especializada de Assbasalud.

- Relata que el señor Pedro Eliecer Menjura prestaba sus servicios como odontólogo en Assbasalud mediante contratos de prestación de servicios; y que, todos los insumos eran suministrados por Assbasalud, sin establecer por la entidad un horario fijo, sino que se manejaba por agenda los usuarios.
- Que la agenda se programaba por la disponibilidad del odontólogo y que ella era la supervisora de los contratos; y su función era Coordinar el servicio.
- Afirma que la demandada debía contratar odontólogos por prestación de servicios, porque los que había de planta eran insuficientes para el cumplimiento de los contratos que tenían con otras entidades, siendo el personal de planta insuficiente para ello.
- Aduce diferencias entre odontólogos de planta y los contratistas; que los de planta

debían cumplir horarios establecidos, tuvieran o no agenda llena; los contratistas solo cumplen su agenda; en los pagos hay diferencias en el reconocimiento de prestaciones sociales y seguridad social integral.

- Afirma que la agenda la asigna Assbasalud y el cronograma los hace el contratista con su disponibilidad; siendo éste el que definía el tiempo y horas en que prestaría sus servicios, de acuerdo a la oferta de servicios presentada a la ESE.

- Sostiene que las reuniones a las que se convocaba era facultativa su asistencia; y que los servicios no podían ser prestados por otro profesional.

7. Caso concreto.

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

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

De las pruebas estudiadas, se evidencia que el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar no era autónomo e independiente en el cumplimiento de sus funciones, pues éste dependía de las directrices que le dieran los respectivos Coordinadores y jefes del área de odontología de Assbasalud E.S.E...

Por otra parte, los testimonios rendidos dentro del proceso guardan coherencia con relación al desempeño como odontólogo de la entidad, así como que las actividades desempeñadas eran las mismas de los odontólogos de planta de la demandada; siendo la única diferencia entre éstos, la forma de vinculación y la remuneración.

Y, pese a que el testimonio de la señora Ana María Carvajal Aristizábal afirma que el demandante no tenía que cumplir un horario, que prestaba sus servicios por cuadros de turnos, que eran fijados por la disponibilidad que pasaban los mismos contratistas previamente, y que era éste quien decía a qué horas atendería los pacientes; dentro del proceso no se encuentra prueba documental que respalde esta afirmación, como la propuesta presentada en la que se evidencie claramente,

que era el demandante el que decía que días y qué número de horas podía prestar sus servicios de odontología.

Contrario a ello, los testimonios rendidos por odontólogos de la entidad que eran compañeros del señor Pedro Eliecer Menjura Escobar, afirman que las funciones cumplidas por este, y la asignación de cuadros de turnos, eran los mismos que los desempeñadas por odontólogos de planta, que no había diferencia de horarios, que la agenda y cuadro de turnos se las asignaba la ESE; lo cual guarda coincidencia con las obligaciones contractuales y las funciones desempeñadas por odontólogos de planta de la entidad transcritas en la relación de prueba documental.

Para esta Sala se encuentra demostrado el cumplimiento por parte del demandante de una jornada laboral establecida por Assbasalud E.S.E., donde el demandante prestaba sus servicios en sus instalaciones y sedes asignadas por la misma demandada; cumplía los horarios determinados por la contratante, los turnos asignados eran fijados por dicha ESE, no podía disponer de su tiempo, debía pedir permiso para ausentarse de la ESE.

Así mismo, se encuentra acreditado que, el lugar de ejecución del contrato era la ESE Assbasalud de manera expresa en el clausulado de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y la demandada.

También coinciden los testimonios en decir que los elementos empleados para la prestación de servicios de odontología eran los suministrados por Assbasalud ESE.

7.2. De la prestación personal del servicio.

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte del odontólogo Pedro Eliecer Menjura Escobar, y de la imposibilidad de delegar en otras personas el desarrollo de sus actividades, pues era una prestación personal de éste por las condiciones requeridas por la contratante.

7.3. De la remuneración.

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por el demandante por la prestación de sus servicios como odontólogo, remuneración que se evidencia en los 37 contratos de prestación de servicios y sus respectivas actas de terminación

y liquidación.

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

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado², en sentencia mediante la cual confirmó una proferida por esta Sala Segunda de Decisión en asunto similar así:

“(...) 49. Entonces, constatado el objeto y las obligaciones que se establecieron en los contratos suscritos entre las partes procesales, sumado a lo dicho por los testigos, se aprecian actividades que exigen para su ejecución necesaria dependencia y subordinación, aunado a que la labor fue de auxiliar de consultorio odontológico, por lo que la Sala al realizar una valoración bajo las reglas de la sana crítica de las pruebas allegadas al proceso, encuentra que es posible determinar la existencia de una relación laboral subordinada, siendo incuestionable el ánimo de la entidad contratante de emplear de modo permanente y continuo los servicios de la actora en consideración a la continuidad de la relación y poner de presente que dentro del material probatorio obrante es posible establecer que se configuró el elemento de la subordinación y continuada dependencia. (...)”

Así mismo, el Consejo de Estado³ se ha pronunciado en un caso similar de relación laboral encubierta, con ocasión a los servicios prestados por una profesional en odontología en el siguiente sentido:

“(...) Así entonces, los contratos suscritos permiten establecer: i) la relación entre la señora Esperanza Enriquez Torres y la E.S.E. Pasto Salud, ii) que la actora desarrolló una actividad consistente en prestar servicios de odontología en la institución, iii) que las funciones se ejecutaron desde el 16 de agosto de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2012, es decir, por 6 años, 4 meses y 2 semanas de forma continua, ya

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 15 de julio de 2021. CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 17001-23-33-000-2017-00645-01(2017-19)

³ Consejo de Estado. Sección Segunda Sub Sección B. Sentencia de 17 de octubre de 2017. CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 52001 23 33 000 2014 00062 01 (4095-15)

que la máxima interrupción que se dio fue de 1 mes y 7 días entre el 16 de diciembre de 2011 y el 23 de enero de 2012.

Frente a esto, se evidencia la necesidad continua del servicio prestado por la actora, pues el vínculo se extendió por más de 6 años, sin una interrupción significativa entre un contrato y otro, lo cual da a entender que su cargo se requería permanentemente en la entidad.

(...)

En relación a la clase de función, esta es, prestar el servicio de odontología, y atendiendo a la tesis de las inferencias probatorias, la Sala deduce que la prestación de los servicios de salud a cargo de la E.S.E. lleva incluida la atención odontológica, lo que permite pensar que la labor contractualmente ejecutada por la demandante no se trató de aquellas de carácter esporádico ni ocasional, sino que la misma tenía que ver con los servicios propios que a diario prestaba la E.S.E.

(...)

Esta Sala observa, que del 1º y 2º testimonio, se desprende que la accionante cumplía jornadas laborales de medio tiempo, al igual que los odontólogos de planta. Además, aunque la testigo Lidda Carmenza Vela Vela hizo referencia a los años 2010 a 2012, la señora Luz América Mutis Flórez mencionó un lapso de 5 años sin especificación concreta y finalmente, Claudia Lucero Bucheli reseñó el periodo atinente a finales de 2009 y el año 2010; dichas declaraciones, en concordancia con los contratos de prestación suscritos entre las partes desde el año 2006 hasta el 2012, indican la existencia de una relación laboral continua e ininterrumpida.

En suma, la Sala, observa que se configuró una relación laboral, y que la administración utilizó la modalidad contractual de prestación de servicios para encubrir la ejecución de labores que tenían carácter permanente y estaban ligadas a su objeto social, además se acreditó que concurría con odontólogos de planta, y finalmente, los testimonios acreditaron la presencia del elemento de la subordinación. (Subraya la Sala).

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

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

Dentro del expediente reposan 37 contratos de prestación de servicios, los cuales tienen algunas interrupciones que se citarán más adelante; y advierte la Sala que, al revisar detalladamente cada uno de los contratos de prestación de servicios que obran en el expediente, se evidencia que son totalmente coincidentes en que el objeto de los mismos es la prestación personal de servicios profesionales en odontología en los centros de atención que Assbasalud ESE requiera.

Por lo expuesto, se entiende que entre los años 2008 y 2016 el demandante prestó sus servicios de profesional en odontología a Assbasalud ESE; y que, al desempeñarse por 8 años, en la misma institución ejerciendo las mismas labores de odontólogo, siendo ello necesario para el desarrollo del objeto misional de la demandada, es suficiente indicador que el cargo que desempeñaba el demandante tenía vocación de permanencia; además por ser las labores que desempeñaba, propias del servicio asistencial de la ESE demandada; y, por cuanto existe personal de planta que cumple las mismas funciones del odontólogo contratista, según las versiones de quienes rindieron testimonio en audiencia de pruebas y las certificaciones emitidas por la entidad demandada.

No obstante lo anterior, es preciso hacer un pronunciamiento particular respecto del primer contrato suscrito, esto es el SFP 799 con duración entre el 3 y el 31 de julio de 2008; éste respecto de los demás contratos suscritos a partir del 23 de septiembre de 2008 y hasta el año 2016 con pequeñas interrupciones entre los mismos; por considerar esta Sala que, al ser el primer contrato suscrito entre las partes, con una interrupción de 52 días respecto del segundo, se considera que el mismo, fue suscrito en virtud de la facultad que tenía la ESE de contratar por un término estrictamente necesario, un servicio preciso que requería, por lo que éste no se entiende continuado, sucesivo, ni prolongado en el tiempo; encontrándose ajustado a la disposición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; por lo que, respecto de dicho contrato, no se encuentra una finalidad de encubrir la relación laboral pretendida; surtiéndose el análisis a partir del segundo contrato, número 1032 del 23 de septiembre de 2008, dada la continuidad y permanencia en la contratación del demandante por la demanda por prestación de servicios que se traduce ineluctablemente en una relación de carácter laboral.

8.1. De la solución de continuidad e interrupción de los contratos de prestación de servicios.

Dentro del expediente reposan 37 contratos de prestación de servicios con su duración e interrupciones así:

Contrato de prestación de servicios Nro.	Duración e interrupción
1032	Del 23/09/2008 al 14/10/2008
9 días	
1115	Del 24/10/2008 al 21/11/2008
24 días	
1250	Del 16/12/2008 al 30/12/2008
2 días	
061	Del 02/01/2009 al 31/01/2009
1 día	
250	Del 02/02/2009 al 31/07/2009
0 días	
571	Del 01/08/2009 al 31/01/2010
0 días	
134	Del 01/02/2010 al 30/06/2010
0 días	
391	Del 01/07/2010 al 31/08/2010
0 días	
528	Del 01/09/2010 al 15/12/2010
0 días	
694	Del 16/12/2010 al 15/01/2011
1 día	
022	Del 17/01/2011 al 30/06/2011
0 días	
239	Del 01/07/2011 al 30/09/2011
0 días	
418	Del 01/10/2011 al 31/12/2011
1 día	
019	Del 02/01/2012 al 31/01/2012
0 días	
166	Del 01/02/2012 al 29/02/2012

0 días	
297	Del 01/03/2012 al 31/07/2012
0 días	
592	Del 01/08/2012 al 15/01/2013
0 días	
046	Del 16/01/2013 al 30/06/2013
1 día	
431	Del 02/07/2013 al 30/09/2013
0 días	
768	Del 01/10/2013 al 10/01/2014
2 días	
36	Del 13/01/2014 al 30/04/2014
5 días	
288	Del 06/05/2014 al 31/08/2014
0 días	
661	Del 01/09/2014 al 30/09/2014
0 días	
728	Del 01/10/2014 al 30/11/2014
0 días	
1044	Del 01/12/2014 al 09/01/2015
3 días	
033	Del 13/01/2015 al 31/01/2015
1 días	
0192	Del 02/02/2015 al 31/07/2015
0 días	
471	Del 01/08/2015 al 30/09/2015
0 días	
662	Del 01/10/2015 al 31/10/2015
2 días	
864	Del 03/11/2015 al 30/11/2015
0 días	
1056	Del 01/12/2015 al 23/12/2015
12 días	
019	Del 05/01/2016 al 31/01/2016
0 días	
143	Del 01/02/2016 al 29/02/2016

0 días	
269	Del 01/03/2016 al 31/03/2016
0 días	
392	Del 01/04/2016 al 30/04/2016
1 día	
509	Del 02/05/2016 al 31/05/2016

Para esclarecer lo relacionado con la continuidad o no de los contratos de prestación de servicio, es necesario acudir al pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado⁴ al respecto en reciente sentencia de unificación:

“(…) 3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad

136. El segundo problema jurídico que pretende resolver la presente sentencia de unificación es establecer el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones entre uno y otro.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción.^[1] Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

(…)

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.^[6] Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.^[7]

141. De igual manera, para una mayor coherencia del sistema jurídico nacional, y en virtud de los imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos,^[8] esta Sala, acudiendo a un diálogo entre tribunales (o diálogo judicial),^[9] resalta y acoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la noción de «interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura»,^[10] que en los asuntos de su competencia, ha aplicado para desvirtuar las formalidades empleadas, en algunos casos, para simular la ruptura de la unidad contractual; esto con el propósito de identificar con mayor certeza si las suspensiones en los contratos de prestación de servicios reflejan la intención real de las partes de detener la continuidad del vínculo laboral subyacente. (Subraya la sala) (...)"

De conformidad con lo considerado previamente, con lo probado dentro del proceso, y con el pronunciamiento del Consejo de Estado, entre los contratos 1032 de 23 de septiembre de 2008 y el último contrato, 509 de 2 de mayo de 2016 no se presentaron en ningún caso interrupciones superiores a 30 días; guardando identidad en el objeto de los contratos referidos; donde la naturaleza de prestación del servicio del demandante en calidad de odontólogo, donde había otros odontólogos de planta de la ESE demandada, que ejercían las mismas funciones; y al ser ésta labor, de la naturaleza propia y del objeto de una entidad prestadora de servicios de salud; pese a la interrupción mencionada; no se considera en este caso la interrupción de los mismos, por lo que, no puede afirmarse en este caso que ha operado la solución de continuidad; considerando las interrupciones acá descritas como insignificantes, que no reflejan una intención real de las partes de terminar el vínculo laboral, modificar el contrato, o cambiar el objeto del mismo, en proporción al término de continuidad en la prestación de los servicios del ahora demandante.

Ahora, deberá en primer lugar, declararse la nulidad del oficio GER - 436 del 17 de julio de 2018 expedido por ASSBASALUD E.S.E., mediante la cual denegó las peticiones formuladas, consistentes en el reconocimiento de una relación laboral, legal y reglamentaria; y, como consecuencia de ello, declarar la existencia de una relación laboral encubierta entre las partes por los periodos comprendidos **entre el 23 de septiembre y el 14 de octubre de 2008; entre el 24 de octubre y el 21 de noviembre de 2008; entre el 16 y el 30 de diciembre de 2008; entre el 2 y el 31**

de enero de 2009, entre el 2 de febrero de 2009 y el 15 de enero de 2011; entre el 17 de enero y el 31 de diciembre de 2011; entre el 2 de enero de 2012 y el 30 de junio de 2013; entre el 2 de julio de 2013 y el 10 de enero de 2014; entre el 13 de enero y el 30 de abril de 2014; entre el 6 de mayo de 2014 y el 9 de enero de 2015; entre el 13 y el 31 de enero de 2015; entre el 2 de febrero y el 31 de octubre de 2015; entre el 3 de noviembre y el 23 de diciembre de 2015; entre el 5 de enero y el 30 de abril de 2016; y, entre el 2 y el 31 de mayo de 2016.

Lo anterior, sin perjuicio de que se declare probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivados de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud ESE, según análisis que se haga a continuación.

9. Prescripción.

En este punto es preciso el pronunciamiento sobre el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho a reclamar.

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

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

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

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

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

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

Lo anterior significa que, si bien es cierto solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de declaratoria de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.

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

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

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

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista,

pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior itera la Sala que, si bien la prescripción de los derechos prestacionales en materia del denominado contrato realidad sólo tiene lugar con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también es cierto que la solicitud de existencia de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de la prescripción del derecho a que se haga tal declaración, a tono con lo dispuesto por el Consejo de Estado en los pronunciamientos aludidos, postura que acoge esta Colegiatura y que ha venido aplicando de manera reiterada, en cuanto una vez finiquitada la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, **so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan** en aplicación de la

teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, desarrollada por la Sección Segunda de esa Corporación, ello sin olvidar que **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión**, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

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

Periodo de vinculación contractual	Días interrumpidos	Fecha de prescripción
Del 23/09/2008 al 14/10/2008	9 días	No aplica
Del 24/10/2008 al 21/11/2008	24 días	No aplica
Del 16/12/2008 al 30/12/2008	2 días	No aplica
Del 02/01/2009 al 31/01/2009	1 día	No aplica
Del 02/02/2009 al 31/07/2009	0 días	No aplica
Del 01/08/2009 al 31/01/2010	0 días	No aplica
Del 01/02/2010 al 30/06/2010	0 días	No aplica
Del 01/07/2010 al 31/08/2010	0 días	No aplica
Del 01/09/2010 al 15/12/2010	0 días	No aplica
Del 16/12/2010 al 15/01/2011	1 días	No aplica
Del 17/01/2011 al 30/06/2011	0 días	No aplica
Del 01/07/2011 al 30/09/2011	0 días	No aplica
Del 01/10/2011 al 31/12/2011	1 día	No aplica
Del 02/01/2012 al 31/01/2012	0 días	No aplica
Del 01/02/2012 al 29/02/2012	0 días	No aplica
Del 01/03/2012 al 31/07/2012	0 días	No aplica
Del 01/08/2012 al 15/01/2013	0 días	No aplica
Del 16/01/2013 al 30/06/2013	1 día	No aplica
Del 02/07/2013 al 30/09/2013	0 días	No aplica
Del 01/10/2013 al 10/01/2014	2 días	No aplica
Del 13/01/2014 al 30/04/2014	5 días	No aplica
Del 06/05/2014 al 31/08/2014	0 días	No aplica
Del 01/09/2014 al 30/09/2014	0 días	No aplica
Del 01/10/2014 al 30/11/2014	0 días	No aplica
Del 01/12/2014 al 09/01/2015	3 días	No aplica
Del 13/01/2015 al 31/01/2015	1 día	No aplica
Del 02/02/2015 al 31/07/2015	0 días	No aplica
Del 01/08/2015 al 30/09/2015	0 días	No aplica
Del 01/10/2015 al 31/10/2015	2 días	No aplica
Del 03/11/2015 al 30/11/2015	0 días	No aplica
Del 01/12/2015 al 23/12/2015	12 días	No aplica
Del 05/01/2016 al 31/01/2016	0 días	No aplica
Del 01/02/2016 al 29/02/2016	0 días	No aplica
Del 01/03/2016 al 31/03/2016	0 días	No aplica
Del 01/04/2016 al 30/04/2016	1 día	No aplica
Del 02/05/2016 al 31/05/2016	0 días	1 de junio de 2019

Ahora, mediante petición presentada el 18 de junio de 2018, el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar solicitó a Assbasalud ESE, el reconocimiento de una relación laboral entre las partes originada en los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes, desde el 23 de septiembre de 2008 y el 31 de mayo de 2016; y mediante oficio GER – 436 de 17 de julio de 2018 la gerente de la ESE responde negando la petición del actor.

De lo expuesto debe precisarse que, como se expuso en el estudio de los extremos temporales, y la solución de continuidad en este caso; en vista que la interrupción de 35 días no se toma como tal por la continuidad en la prestación del servicio, con el mismo objeto, en actividades propias misionales asistenciales de la ESE durante 8 años consecutivos, la única fecha para contabilizar el término de prescripción en este asunto es desde la terminación del último contrato, que es el 31 de mayo de 2016, y en virtud que la reclamación administrativa se presentó el 18 de junio de 2018 no hay lugar a declarar en este caso la prescripción extintiva propuesta por la demandada.

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

10. De las sumas que deben liquidarse y reconocerse al demandante.

Por lo expuesto, y, al haberse demostrado la existencia de una relación laboral debido a las vinculaciones del demandante mediante contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud ESE, se dispondrá a reconocer y pagar al demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones legales que un odontólogo de planta de dicha entidad de salud tendría derecho.

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

10.1. Pago de las prestaciones sociales.

En virtud de lo expuesto se debe **condenar a Assbasalud ESE**, el reconocimiento y pago en favor del señor **Pedro Eliecer Menjura Escobar** las **prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 23 de septiembre y el 14 de octubre de 2008; entre el 24 de octubre y el 21 de noviembre de 2008; entre el 16 y el 30 de diciembre de 2008; entre el 2 y el 31 de enero de 2009, entre el 2 de febrero de 2009 y el 15 de enero de 2011; entre el 17 de enero y el 31 de diciembre de 2011; entre el 2 de enero de 2012 y el 30 de junio de 2013; entre el 2 de julio de 2013 y el 10 de enero de 2014; entre el 13 de enero y el 30 de abril de 2014; entre el 6 de mayo de 2014 y el 9 de enero de 2015; entre el 13 y el 31 de enero de 2015; entre el 2 de febrero y el 31 de octubre de 2015; entre el 3 de noviembre y el 23 de diciembre de 2015; entre el 5 de enero y el 30 de abril de 2016; y, entre el 2 y el 31 de mayo de 2016**, y devengadas por un odontólogo de planta de la ESE, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

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

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

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

Sobre la devolución de los aportes **en salud y riesgos profesionales**, el Consejo de Estado⁷, concluyó sobre su improcedencia con *fundamento, en esencia, en que “...por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para*

un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, ‘lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretende el actor ejercer’; de igual modo, en fallo más reciente, esta misma Corporación sostuvo en relación con aportes a pensión:

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

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

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

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

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

“(...) dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 15 de marzo de 2012, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de secretaria-tesorero o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora

deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

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

También sobre el particular el Consejo de Estado¹¹, indicó:

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

Existen entonces casos en los cuales el Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B12 de la Sección Segunda, ha expresado criterios distintos en relación con el tema en comento, de reconocer o no devolución de aportes al sistema de seguridad social en favor del demandante o negar su reconocimiento, en materia de contrato realidad.

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

“(…)

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

“(…)

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

1. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados

para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

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

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

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

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

Ahora, en lo atinente a las sumas que fueron pagadas por el actor como cotización al sistema de seguridad social en **pensión**, el pronunciamiento de unificación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no estableció una regla expresa de improcedencia sobre la restitución al demandante de estos aportes que debieron ser asumidos en su condición de contratista durante el tiempo en que se suscribieron vedados contratos de prestación de servicios, como sí lo hizo en materia de salud y en gracia de discusión de ARL, como ya se anotó. A lo anterior se suma que el tema

enunciado no ha sido pacífico en las decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado como se colige de los extractos jurisprudenciales en cita, no obstante, este Tribunal acoge el criterio explicado por la Sección Segunda, Subsección B de esa alta Corporación, en providencia del 5 de agosto de 2021, que aunque es anterior a la sentencia de unificación reciente, se basa en los mismos criterios de parafiscalidad de ésta y es proferida dentro de un asunto de similitud jurídica con el presente plenario, al resolver recurso de apelación contra decisión del Tribunal de Risaralda, en la cual se dijo:

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

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

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

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

(…)

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

por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
(...)

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

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

En concordancia con lo expuesto, esta Sala acoge la posición transcrita, en el sentido que, dado el carácter parafiscal de los recursos que se destinan al Sistema de Seguridad Social integral, para el caso de marras en pensiones -con destinación específica-, lo que garantiza al afiliado el amparo frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte, conforme se ha definido por la Ley 100 de 1993, se torna improcedente considerar que, como consecuencia de la declaratoria posterior de existencia de una relación de carácter laboral, puedan convertirse los aportes efectuados en exceso por el beneficiario y en su momento al sistema, en una especie de monto indemnizatorio o crédito a su favor, en cuanto, como lo ha concluido el Consejo de Estado, su especial característica y naturaleza excluye la posibilidad de titularidad que sobre tales montos pretenda ejercer el actor. En tal virtud, con relación a los **porcentajes de cotización correspondientes a pensión**, que la parte demandante debió trasladar a los fondos respectivos y que legalmente le correspondía asumir al empleador; aclarando que los aportes se hacen con destino al fondo; y, se ordenará la cotización al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador; los cuales deben estar debidamente acreditados por el demandante.

Ello, dando aplicación a la directriz constitucional en el sentido que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible; por lo que, **Assbasalud ESE** - deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización

(IBC) pensional del demandante, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquella y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENARÁ** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador.

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

El tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para **efectos pensionales**.

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

Finalmente, en este caso se debe declarar que, el tiempo laborado respecto de los períodos mencionados se debe computar para efectos pensionales.

10. Indexación.

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

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del C.P.A.C.A. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Así mismo, por todo lo considerado, deberán declararse infundadas las excepciones propuestas por Assbasalud ESE que denominó: *“Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones Sociales) en favor del ex contratista Pedro Eliecer Menjura Escobar”, “Cobro de lo no debido”, “Excepción genérica del artículo 282 del CGP”; “Caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral”; “Presunción de legalidad de los contratos aportados como prueba suscritos entre Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud”, “Presunción de legalidad de las liquidaciones de los contratos suscritos entre Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud.”*

12. Costas.

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

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

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

III. Resuelve

Primero: Declárase la nulidad del oficio GER – 436 de 17 de julio de 2018, suscrito por la gerente de Assbasalud ESE, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales, del señor Pedro Eliecer Menjura Escobar.

Segundo: Como consecuencia, se declara la existencia de una relación laboral entre el señor Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud ESE, por la duración de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como odontólogo en esa entidad, transcurrido **entre el 23 de septiembre y el 14 de octubre de 2008; entre el 24 de octubre y el 21 de noviembre de 2008; entre el 16 y el 30 de diciembre de 2008; entre el 2 y el 31 de enero de 2009, entre el 2 de febrero de 2009 y el 15 de enero de 2011; entre el 17 de enero y el 31 de diciembre de 2011; entre el 2 de enero de 2012 y el 30 de junio de 2013; entre el 2 de julio de 2013 y el 10 de enero de 2014; entre el 13 de enero y el 30 de abril de 2014; entre el 6 de mayo de 2014 y el 9 de enero de 2015; entre el 13 y el 31 de enero de 2015; entre el 2 de febrero y el 31 de octubre de 2015; entre el 3 de noviembre y el 23 de diciembre de 2015; entre el 5 de enero y el 30 de abril de 2016; y, entre el 2 y el 31 de mayo de 2016.**

Tercero: Se declaran infundadas las excepciones propuestas por Assbasalud ESE denominadas: *“Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones Sociales) en favor del ex contratista Pedro Eliecer Menjura Escobar”, “Cobro de lo no debido”, “Excepción genérica del artículo 282 del CGP”, “Caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral”, “Presunción de legalidad de los contratos aportados como prueba suscritos entre Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud”, “Presunción de legalidad de las liquidaciones de los contratos suscritos entre Pedro Eliecer Menjura Escobar y Assbasalud.”*

Cuarto: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **se condena a Assbasalud ESE**, a pagar en favor del demandante, señor Pedro Eliecer Menjura Escobar **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo **entre el 23 de septiembre y el 14 de octubre de 2008; entre el 24 de octubre y el 21 de noviembre de 2008; entre el 16 y el 30 de diciembre de 2008; entre el 2 y el 31 de enero de 2009, entre el 2 de febrero de 2009 y el 15 de**

enero de 2011; entre el 17 de enero y el 31 de diciembre de 2011; entre el 2 de enero de 2012 y el 30 de junio de 2013; entre el 2 de julio de 2013 y el 10 de enero de 2014; entre el 13 de enero y el 30 de abril de 2014; entre el 6 de mayo de 2014 y el 9 de enero de 2015; entre el 13 y el 31 de enero de 2015; entre el 2 de febrero y el 31 de octubre de 2015; entre el 3 de noviembre y el 23 de diciembre de 2015; entre el 5 de enero y el 30 de abril de 2016; y, entre el 2 y el 31 de mayo de 2016 y devengadas por odontólogos de planta de la ESE, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

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

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

El tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para **efectos pensionales**.

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

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

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

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

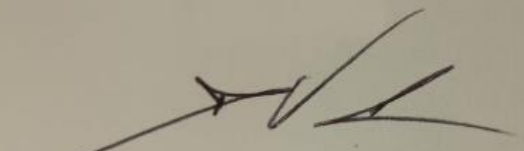
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2019 00448 00
Demandante:	Lucero Cardona Torres
Demandado:	La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Providencia:	Sentencia No. 132

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

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

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

“1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.1. Acto administrativo No. S-2018-047981 / COMAN ASJUR-1.10, emitido el 25 de septiembre de 2018 por el comandante del Departamento de Policía Caldas, por medio del cual se dio respuesta a un derecho de petición.

1.2. Acto administrativo No. S-2018- /COMAN - ASJUR 1.10 del 24 de octubre de 2018, emitido el 24 de octubre de 2018 por el comandante del Departamento de Policía Caldas, "Por medio del cual se resuelve recurso de reposición y en subsidio recurso de apelación contra el acto administrativo comunicado oficial S-2018-047981 del 25 de septiembre de 2018.

1.3. Acto administrativo negativo ficto o presunto, por la no resolución del recurso de apelación interpuesto.

2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicito lo siguiente:

2.1. Que se reconozca que entre mi representada y la entidad demandada existió una relación de carácter laboral, en los términos que serán planteados

en los hechos de esta solicitud.

2.2. Que a mi representada le sean reajustados todos los salarios devengados, por no haber sido pagados conforme al Salario Mínimo Mensual Legal Vigente.

2.3. Que a mi representada le sean reconocidas y pagadas las prestaciones sociales devengadas y no pagadas durante el lapso descrito en la presente petición.

2.4. Que a mi representada le sean reconocidas y pagadas las cesantías correspondientes a que tiene derecho, durante el período: comprendido en su relación laboral.

2.5. Que a mi representada le sean reconocidos y pagados los intereses a las cesantías a que tiene derecho.

2.6. Que a mi representada le sea reconocida y pagada la sanción moratoria por no haberse consignado las cesantías al fondo correspondiente.

2.7. Que a mi representada le sean reconocidas y pagadas las primas de servicio a que tiene derecho, por su relación laboral.

2.8. Reconocer y pagar a mi prohijada el suministro en dinero del calzado y vestido de labor, a razón de tres dotaciones anuales.

2.9. Que a mi representada le sean compensadas en dinero las vacaciones no disfrutadas.

2.10. Que a mi representada le sea pagada la indemnización moratoria correspondiente, por no cancelar los salarios y las prestaciones sociales causados, pero no pagados a la terminación del contrato de trabajo, a razón de un día de salario por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo el pago de lo debido.

2.11. Que se adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozca y pague a nombre de mi poderdante los aportes parafiscales en pensiones causados y dejados de pagar durante el lapso de tiempo descrito en la presente solicitud, los cuales deberán ser consignados en COLPENSIONES.

2.12. Que a mi representada le sea pagado el auxilio de transporte dejado de pagar durante su relación laboral.

3. Que las sumas dinerarias que sean pagadas a mi representada sean debidamente indexadas.

4. Solicito que a mi representada le sean reconocidos y pagados intereses moratorios por el no pago oportuno de las sumas dinerarias reclamadas.

5. Ordenar a la entidad demandada que dé cumplimiento a la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda, de acuerdo con el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condene a la demandada a pagar las costas del proceso.”

2. Hechos.

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

- Que la señora Lucero Cardona Torres laboró como aseadora en la estación de Policía del municipio de Neira, de manera continua y subordinada desde el 1 de agosto de 1997 hasta el 18 de mayo de 2017, cumpliendo una jornada laboral de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 4:00 p.m.
- Que la demandante se vinculó mediante contrato de trabajo pactado de manera verbal entre ella y los comandantes de estación.
- Que para la prestación de sus servicios de aseo utilizaba insumos que eran suministrados por la estación de Policía, y siguiendo las indicaciones del comandante de turno de la misma.
- Que durante su vinculación le iniciaron pagando \$50.000 en el año 1997, terminando con la suma de \$180.000 para el año 2017 de manera mensual; y a mitad de año le pagan una suma superior a la usual; sin que se le reconocieran sumas por concepto de prestaciones sociales.
- Que su vinculación terminó el 18 de mayo de 2017 por orden del comandante de turno de la estación de Policía de Neira, quien manifestó que desde hace 4 meses sus superiores le requirieron para terminar las labores que la demandante realizaba en dichas instalaciones.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere la demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 25 y 53 de la Constitución Política.

Artículo 23 del CS del T

Artículo 13 de la Ley 344 de 1996

Artículo 279 de la Ley 100 de 1993

Decreto Ley 1214 de 1990

Decreto 2909 de 1991

Decreto 1792 de 2000

El concepto de violación se funda en que la demandante desempeñó de manera personal y subordinada funciones al servicio de la Policía Nacional, en la estación de servicio del municipio de Neira, y que el Estado se lucró de sus servicios de manera injustificada al no vincularla de manera legal, y por la primacía de la realidad sobre las formas, la demandante tiene derecho al reconocimiento de todas las prestaciones de tipo legal en virtud de la prestación de sus servicios a la demandada.

4. Contestación de la demanda. (Folios 96 a 103 del C. 1. Documento 001 del expediente digital)

La accionada Policía Nacional contestó la demanda pronunciándose frente a los hechos de la misma, aceptando parcialmente como ciertos los mismos, en el sentido de que si se realizaron las laborales descritas por la demandante, ello no implica la declaratoria de una relación laboral; que el Comandante de Estación no es ordenador del gasto, ni la señora Lucero Cardona Torres se encuentra vinculada a la demandada bajo ninguna modalidad; y que, si existió un acuerdo verbal entre los comandantes y la demandante, ello no compromete a la institución.

La demandada propone la excepción de *“Presunción de legalidad del acto administrativo acusado e inexistencia del derecho reclamado”*, la cual funda en la inexistencia de una relación o vínculo contractual con la demandada; y que, el Comandante del Departamento es el único facultado para adquirir servicios, que en este caso, se contratan mediante la adjudicación de un contrato para el servicio de aseo, y que las sumas de dinero entregadas a la señora Lucero Cardona Torres, no son provenientes del erario, sino del peculio particular de los policías.

Expone que la Policía Nacional al momento de celebrar un contrato, su categoría corresponde a trabajador oficial, y que los contratos suscritos deben ser por escrito, siendo el único competente para su suscripción el director general de la Policía Nacional, sin que en este caso se cumplan con esos requisitos.

Centra la discusión en que no se encuentra acreditada la vinculación de la demandante con la Policía Nacional, ni mediante contrato de prestación de servicios, ni de otra manera; que, por la naturaleza de la demandada solo pueden existir contratos escritos; y que, es la parte demandante la que debe acreditar los

elementos necesarios para la declaratoria de una verdadera relación laboral.

5. Alegatos de conclusión

- Parte demandada (Documento 016 del expediente digital)

La demandada Policía Nacional presenta su escrito de alegatos de conclusión afirmando que, no existió relación laboral alguna entre la demandante y demandada, ni a la luz del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y dice que en este caso no se presentaron ninguno de los elementos necesarios para la declaratoria de una relación legal, pues la labor encomendada a la demandante no fue dependiente, ni subordinada, ni hubo órdenes de prestación de servicios que simularan una relación laboral.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial de 25 de noviembre de 2021 que se encuentra en el documento 017 del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídicos a resolver:

¿Se encuentra debidamente probada la vinculación de la señora Lucero Cardona Torres al demandado Ministerio de Defensa - Policía Nacional?

¿Es o no necesaria la existencia de un contrato escrito firmado por las partes en el presente asunto, para estudiar la posible declaratoria de una relación laboral entre la señora Lucero Cardona Torres y el demandado Ministerio de Defensa - Policía Nacional?

¿Resulta posible en el presente asunto, determinar que la señora Lucero Cardona Torres era una funcionaria de hecho del Ministerio de Defensa - Policía Nacional?

De ser así

¿Están dados los presupuestos fácticos y jurídicos para declarar la nulidad de los actos administrativos S-2018-047981/COMAN-ASJUR-1.10 y S-2018-/COMAN-ASJUR-1.10 proferidos por el Departamento de Policía de Caldas, mediante las cuales se negaron las peticiones formuladas por la señora Lucero Cardona Torres?

2. Excepciones.

La excepción propuesta por la demandada denominada *“Presunción de legalidad del acto administrativo acusado e inexistencia del derecho reclamado”*, se resolverá con el fondo del asunto.

3. Análisis normativo.

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

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

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

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

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

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

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

El inciso primero del artículo 122 Constitucional precisa:

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

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

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

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

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con lo tratado o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. (Subraya la Sala).

“Artículo 34. Contratistas independientes. <Artículo modificado por el artículo 30. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente

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

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

subcontratistas.

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

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

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

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

Los artículos 39 y 41 disponen la naturaleza escrita y consensual de los contratos estatales y su perfeccionamiento así:

“Artículo 39. De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.”

“Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Los contratos estatales son *intuitu personae* <sic> y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo [42](#) de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes. (...)"

Los artículos 1 y 3 del Decreto 1792 de 2000, mediante el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial.

“Artículo 1o. Campo de aplicación. *El presente Decreto modifica el Estatuto que regula la administración de personal y establece la Carrera Administrativa Especial para los servidores públicos civiles del Ministerio de Defensa Nacional.*

Parágrafo 1o. *Se entiende por Personal Civil, para todos los efectos del presente Decreto, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional. Los servidores públicos que prestan sus servicios en las Entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional se registrarán por las normas vigentes propias de cada organismo.*

parágrafo 2o. *En lo no previsto en el presente Decreto se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones legales y reglamentarias generales.*

Artículo 3o. clasificación de los servidores públicos. *Los servidores públicos a los cuales se refiere este Decreto son empleados públicos que podrán ser de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción. Excepcionalmente serán trabajadores oficiales, quienes desempeñen labores de construcción y mantenimiento de obras y equipos aeronáuticos, marinos, de telecomunicaciones; de confección de uniformes y elementos de intendencia; actividades de conducción de aeronaves, motonaves o embarcaciones fluviales y se vincularán mediante contrato de trabajo.”* (Subraya la Sala).

De las normas mencionadas, queda claro que, el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado esencialmente por la Ley 80 de 1993, y que allí se caracteriza como temporal, para la ejecución de labores sólo por algún tiempo, mientras se supera una situación transitoria, podría decirse que coyuntural, o de emergencia, especializada, para actividades ocasionales o de momento que, por ello mismo, no pudieron programarse e incluirse en los planes de carácter permanente de la entidad oficial. Como tal servicio, así sea temporal, es remunerado, de todos modos, se paga

con el presupuesto de la entidad.

El contrato estatal debe constar por escrito, y que, su perfeccionamiento se logra cuando haya acuerdo sobre el objeto y la contraprestación del mismo, elevado todo a escrito; y que, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional que desempeñen labores de mantenimiento de obras debe vincularse mediante contrato de trabajo.

Ahora, la Constitución Política en sus artículos 122 y 125 tiene previstas en el régimen jurídico tres clases de vinculación con entidades del Estado, que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: **a) De los empleados públicos** (relación legal y reglamentaria); **b) De los trabajadores oficiales** (relación contractual laboral) y **c) Miembros de Corporaciones Públicas**.

No obstante, las entidades estatales han hecho uso de una cuarta modalidad de vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines: d) **De los contratistas de prestación de servicios** (relación contractual estatal), figura que ha sido de amplio desarrollo jurisprudencial y que resulta de especial importancia en el presente proceso, con miras a establecer si las actividades que alega el pleiteante por activa realizaba, entrañan una verdadera relación de carácter laboral.

4. Análisis jurisprudencial.

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

“(…) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás

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

documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

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

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

104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

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

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

ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

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

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En - cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de seti que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.” (Subraya la Sala).

Así pues, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes a partir de la contratación que aduce la pleiteante por activa en el libelo introductorio, se requiere

que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador existió **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al empleado el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo, así mismo se requiere entre otros requisitos, un contrato expreso como se infiere del artículo 39 de la ley 80 de 1993.

Por otra parte, tratándose de una vinculación legal y reglamentaria, mediante sentencia del 13 de febrero de 2014² el Consejo de Estado definió el empleado público en los siguientes términos:

«(...) Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).

Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente.»

El empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha contemplado la existencia de una vinculación con el Estado excepcional y anormal que se ha denominado «*funcionario de hecho*», a través de la cual una persona ocupa un cargo en la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, como si fuese un verdadero funcionario, pero sin título o con título irregular.

² Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Número interno: 1943-12. Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño, demandado: Municipio de la Ceja del Tambo – Antioquia.

Al respecto, el Consejo de Estado³ ha reiterado tal concepto indicando:

«Se denomina funcionario de hecho a la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario¹¹. Esta Corporación ha señalado, que ésta forma anormal de vinculación con el Estado, puede estructurarse en dos momentos, a saber:

(...)

a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., (...) es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas (...).¹²

De la misma forma, mediante sentencia del 9 de junio de 2011, esta Corporación manifestó que la figura del funcionario de hecho se configura en el período de normalidad institucional, cuando:

“(...) que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

(...)

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando un empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente (...).¹³ (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, para que una persona desempeñe un empleo en calidad de empleado público, es necesario que realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, es decir, que tenga una designación válida (nombramiento o elección), se haya posesionado con el lleno de los requisitos para el ejercicio del cargo, y queda

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, 18 de mayo de 2018, Radicación No. 85001-23-31-000-2012-00014-01(1946-14), Actor: José Arley Méndez Peña, Demandado: Departamento de Casanare.

invertida de las facultades para prestar el servicio.

*En el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión. De lo anterior, es dable concluir que **para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; y, iii) que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público. Adicionalmente se puede hablar de funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las autoridades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones.**» (Negrillas de la Sala).*

En ese sentido, resulta claro que el desempeño de un empleo público requiere la existencia de un nombramiento, seguido de la posesión del cargo, en su defecto, la existencia de un contrato de trabajo, para el caso de trabajadores oficiales o de prestación de servicios, en virtud de la Ley 80 de 1993 que entrañe una relación laboral; y excepcionalmente, se presenta el caso de los **funcionarios de hecho**, para quienes los requisitos de ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente, siendo indispensable en esta figura, la existencia del empleo, lo cual implica que esté previsto en la respectiva planta de personal, para el caso de los empleados públicos; la existencia de un contrato laboral expreso, para los trabajadores oficiales, en el que se determine con precisión sus funciones y/o el contrato de prestación de servicios para el mismo fin.

5. Análisis fáctico.

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

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

- Oficio número S-2018-047981/COMAN-ASJUE-1.10 de 25 de septiembre de 2018, mediante el cual el comandante del Departamento de Caldas, responde al apoderado judicial de la señora Lucero Cardona Torres una petición (Fls.37 a 38 C. 1), del cual se resalta:

“(...) Es así, que a través de las diferentes revisiones encontramos que la señora Cardona no se encuentra nominada en la Policía Nacional, Ministerio de Defensa, y mucho menos ha accedido a cargos en las modalidades enunciadas anteriormente.

Pero con el fin de resolver sus inquietudes, este comando tuvo a bien verificar si esta señora prestaba sus servicios a través de una empresa de servicio temporal, la cual se ha ganado la licitación que realiza nuestra institución de forma anual, a lo cual se obtuvo una respuesta negativa, encontrándose que este personal sólo presta sus servicios en la metropolitana de Manizales y no en las diferentes unidades policiales adscritas a este comando, como bien sería el municipio de Neira.

En este contexto le indicamos que la señora Lucero Cardona, no ha prestado sus servicios en la Policía Nacional, por lo que no podemos acceder a sus pretensiones.”

- Oficio número S-2018/COMAN-ASJUE-1.10 de 24 de octubre de 2018, mediante el cual el coronel del Departamento de Caldas resuelve un recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto contra el oficio en precedencia, mediante el cual se resuelve no reponer el oficio inicial y se concede el recurso de apelación. (Fls.63 a 72 C. 1).

- Copias de unos documentos denominados “*testimonio anticipado para fines judiciales*” con manifestaciones firmadas por varias personas (9 en total) y el apoderado judicial de la demandante (Fls. 79 a 88 C.1)

5.2. De la prueba testimonial que reposa dentro del proceso.

Testigo Jhon James Gaviria (Hijo de la demandante)

- Sostiene que la demandante estuvo trabajando en la Estación de Servicio del municipio de Neira desde el año 1997 hasta 2017 aproximadamente, y que asistía diariamente de lunes a viernes de 7 a.m. a 3 p.m. a realizar las labores de aseo en dicho lugar.

- Afirmó que la demandante se vinculó porque necesitaban alguien que realizara el aseo en la Estación de Policía y fue contratada afirmando textualmente que “*El Sargento que había dijo pues, entre nosotros los policías recolectamos lo que podamos y le pagamos*” (...) “*Entonces entre los policías que había se recolectaba ese dinero y se lo pasaban a mi mamá; que ella misma era la que recolectaba el dinero*”.

- Expone que fue una vinculación verbal, que no tiene nada escrito, ni documentos; y que, cuando la demandante estaba trabajando, llegó un teniente y le dijo que no podía continuar allí en la Estación de Policía.

- Que hasta donde conoce, los que realizan el aseo luego de la salida de la demandante son los mismos agentes de Policía de la Estación.
- Relata que la encargada de recoger el dinero de su pago, era su madre, que ella pasaba por cada Policía, cuando a ellos les pagaban y que había unos que se los daban y otros no, por ser ello voluntario.

5.3. De los documentos denominados “*testimonio anticipado para fines judiciales*”.

Sea lo primero precisar que, si bien con la demanda se aportan las copias de unos documentos que se titulan “*Testimonio anticipado para fines judiciales*”, realmente ello no corresponde a un testimonio anticipado con fines judiciales al tenor de los artículos 186 y 188 del Código General del Proceso, pues son documentos con unas afirmaciones realizadas ante el apoderado judicial de la demandante, en los cuales consta la identificación de las personas que los suscriben, las firmas y huellas de éstas y el apoderado judicial que indaga por lo allí expuesto.

Con relación a los testimonios para fines judiciales, los artículos 187 y 188 del Código General del Proceso disponen:

“Artículo 187. Testimonio para fines judiciales. Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá pedir que se le reciba declaración anticipada con o sin citación de la contraparte.

La citación al testigo se hará por cualquier medio de comunicación expedito e idóneo, dejando constancia de ello en el expediente. Cuando esté impedido para concurrir al despacho, se le prevendrá para que permanezca en el lugar donde se encuentre y allí se le recibirá declaración.

Artículo 188. Testimonios sin citación de la contraparte. Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

Los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.”

Ahora, los testimonios para fines judiciales con o sin citación de la contraparte, deben surtirse ante un Juez, de acuerdo al numeral 7 del artículo 18 del Código General del Proceso que dispone:

“Artículo 18. Competencia de los jueces civiles municipales en primera instancia.

Los Jueces civiles municipales conocen en primera instancia:

7. A prevención con los jueces civiles del circuito, de las peticiones sobre pruebas extra-procesales, sin consideración a la calidad de las personas interesadas, ni a la autoridad donde se hayan de acudir”

Por lo expuesto, precisa esta Sala que los documentos aportados con la demanda denominados *“testimonios para fines judiciales”*, al no corresponder a esa denominación, no serán objeto de valoración dentro del proceso.

6. De la vinculación de la señora Lucero Cardona Arias al demandado Ministerio de Defensa – Policía Nacional, y de la acreditación de los elementos de una relación laboral.

Sea lo primero dejar presente que, pese a que en la contestación de la demanda la Policía Nacional acepta parcialmente la mayoría de los hechos de la demanda, y de alguna manera, allí acepta que la señora Lucero Cardona Arias si prestó sus servicios en la Estación de Policía de Neira, y que eran los agentes de Policía de ésta, quienes con sus propios recursos pagaban por sus labores; ello no puede dar por sentado la existencia de una vinculación legal entre la demandante y la demandada por las consideraciones que a continuación se exponen.

Para esta Sala de decisión, con las pruebas documentales y testimonial que reposan dentro del proceso, no fue posible acreditar la vinculación de la señora Lucero Cardona Torres al Ministerio de Defensa Policía Nacional, en virtud de las actividades de aseo realizadas por ella en la Estación de Policía del municipio de Neira, Caldas. Y, tampoco se encuentran dentro del proceso, documentos como comprobantes de pago, transferencias, consignaciones o recibos de pago como contraprestación de alguna actividad en mención.

No puede esta Sala desconocer que, en el testimonio rendido por el señor Jhon James Gaviria, hijo de la demandante, y único testigo en el asunto, este afirma que, la señora Lucero Cardona Torres realizaba labores de aseo en la Estación de Servicio del municipio de Neira, y que, el dinero que ella recibía por los servicios prestados era recogido de manera voluntaria por los agentes de Policía del momento en la estación.

Por su parte, el Consejo de Estado⁴ ha sostenido que los contratos estatales son solmenes y deben constar siempre por escrito:

“Sumado a lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación⁵, los contratos estatales deben constar por escrito, solemnidad que no puede desconocerse y, en caso de no hacerse, el negocio simplemente no existiría. Además, no debe olvidarse que, de acuerdo con el Decreto 3135 de 1968 (artículo 5), «[l]as personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales». (...)”

De lo expuesto, queda claro que, para la existencia de una relación laboral o legal con el Estado, se requiere entre otros requisitos, un contrato expreso, la preexistencia del cargo o un empleo, pues, de conformidad con la Constitución Política, no habrá ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento.

Así el empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección B. Sentencia de 15 de julio de 2021. CP. Dr. César Palomino Cortés. Rad. 44001-23-33-000-2016-00091-01(5783-18)

previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

Sumada a la inexistencia de un contrato escrito entre la señora Lucero Cardona Torres y el Ministerio de Defensa - Policía Nacional, no fue posible acreditarse en este asunto la subordinación continuada, del lugar de trabajo, horario de labores y dirección de los servicios prestados.

Con relación a la remuneración por los servicios prestados, no hay pruebas que demuestre que a la señora Lucero Cardona Torres se le cancelaba mes a mes por parte del Ministerio de Defensa - Policía Nacional una suma de dinero por la prestación de sus servicios de aseo de la Estación de Policía de Neira; y, contrario a ello, el testigo Jhon James Gaviria afirma que, la misma demandante era la que recaudaba voluntariamente el dinero entre los agentes de Policía de la Estación, los cuales provenían de los recursos propios de los Agentes; sin que pueda acreditarse el elemento de remuneración necesario para la existencia de una relación legal.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha contemplado la existencia de una vinculación con el Estado excepcional y anormal que se ha denominado «*funcionario de hecho*», a través de la cual una persona ocupa un cargo en la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, como si fuese un verdadero funcionario, pero sin título o con título irregular.

9. De los requisitos para la existencia de un funcionario de hecho.

En este punto de la discusión, es necesario tener presente que, de conformidad con el artículo 125 constitucional, existen solamente tres formas de vinculación con el Estado, como lo son i) mediante una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; ii) por medio de una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; iii) mediante una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios.

Ahora, claro está que, no existe en este caso, prueba siquiera sumaria, de la

existencia de la vinculación de la señora Lucero Cardona Torres con la Policía Nacional, en la Estación de Policía del municipio de Neira, Caldas; pues no se acreditó su calidad de empleada pública, al no existir dentro del proceso resolución de nombramiento, acta de posesión; ni contrato escrito a término fijo o indefinido, ni contrato de prestación de servicios.

Frente a la figura de funcionario de hecho, requisitos y configuración el Consejo de Estado⁵ se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(...) 2.3.2. Funcionario de hecho

Se denomina funcionario de hecho a la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fueses un verdadero funcionario. Esta Corporación ha señalado, que ésta forma anormal de vinculación con el Estado, puede estructurarse en dos momentos, a saber:

“(...) ”

a) En los periodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., (...) es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas (...).”⁷

De la misma forma, mediante sentencia del 9 de junio de 2011, esta Corporación manifestó que la figura del funcionario de hecho se configura en el período de normalidad institucional, cuando:

“(...) que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

“(...) ”

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, 18 de mayo de 2018, Radicación No. 85001-23-31-000-2012-00014-01(1946-14), Actor: José Arley Méndez Peña, Demandado: Departamento de Casanare.

con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando un empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente (...)⁸

Así las cosas, para que una persona desempeñe un empleo en calidad de empleado público, es necesario que realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, es decir, que tenga una designación válida (nombramiento o elección), se haya posesionado con el lleno de los requisitos para el ejercicio del cargo, y queda investida de las facultades para prestar el servicio.

En el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión. De lo anterior, es dable concluir que para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; iii) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente; y iv) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Advierte la Sala que cuando se refiere a que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, hace mención de que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Además, se requiere probar que su actividad en la entidad haya sido personal y permanente y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.(...)" (Subraya la Sala).

De acuerdo con lo expuesto, un funcionario de hecho se predica de quienes los requisitos de ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente, siendo indispensable en esta figura la existencia del empleo, lo cual implica que esté previsto en la respectiva planta de personal, para el caso de los empleados públicos; la existencia de un contrato

laboral expreso, para los trabajadores oficiales, en el que se determine con precisión sus funciones y/o el contrato de prestación de servicios para el mismo fin.

Es preciso reiterar que, no obran dentro del proceso pruebas que den cuenta de la existencia de un contrato de prestación de servicios suscrito entre la señora Lucero Cardona Torres y el Ministerio de Defensa - Policía Nacional; y, en la respuesta al derecho de petición elevado por la demandante a dicha entidad se afirma que, no aparece vinculación alguna de la demandante a la Policía Nacional en ninguna modalidad.

Ahora, si en gracia de discusión se dijera que la Señora Lucero Cardona Torres, pudo haber fungido como funcionaria de hecho con ocasión a unos servicios prestados por ella en la Estación de Policía de Neira, Caldas, es necesario considerar lo siguiente:

De la jurisprudencia en mención, queda claro que para que se presente tal figura se requiere que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; iii) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente; y iv) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura.

Pasa la Sala a estudiar cada uno de los requisitos mencionados exigidos por la jurisprudencia para que se declare la existencia de un funcionario de hecho:

- Existencia del cargo.

Reclama la demandante la existencia de una relación laboral en virtud de la prestación de sus servicios en la Estación de Policía de Neira, Caldas por la prestación de sus servicios de aseo entre los años 1997 y 2017; no obstante no existe ningún tipo de documento o certificación acredite la existencia de un cargo en la Policía Nacional, Departamento de Caldas para tales fines; y contrario, en los actos demandados se dice que, para el servicio de aseo se contrata con una empresa de servicios temporales que fue adjudicataria en virtud de la licitación correspondiente, pero que, sólo presta sus servicios en el

área metropolitana de Manizales, no en las unidades adscritas.

- **Ejercer las funciones de manera irregular**

Basta decir en este punto de la discusión que, sin la existencia de un cargo que cumpla las funciones de aseo en la planta de personal de la demandada Policía Nacional no resulta posible hacer alusión a unas funciones ejercidas por la demandante.

Ahora, pese a encontrarse acreditado mediante prueba testimonial que, la señora Lucero Cardona Torres realizaba unas actividades de aseo en la Estación de Policía de Neira, y que era ella misma quien recaudaba unas sumas de dinero que daban voluntariamente los Policías de la Estación, mal podría decirse que esas actividades realizadas sin ser nombrada, ni posesionada, sin firmar contrato a término fijo o indefinido, y sin firma de contrato de prestación de servicios; pueden tener la connotación de funciones o el ejercicio de actividades de manera irregular, pues para ello, se hace necesario que estuviesen debidamente reglamentadas en un manual de funciones, o en un documento expedido por la demandada; lo que en este caso no ocurre.

- **Ejercicio de las mismas funciones realizadas por un funcionario de planta.**

No observa la Sala que la señora Lucero Cardona Torres haya cumplido las mismas funciones que otras personas vinculadas mediante nombramiento, o contrato de trabajo que laboraban al servicio de la Policía Nacional.

Queda claro para la Sala que, no existe elemento probatorio del cual pueda colegirse relación contractual para el desarrollo de las tareas relacionadas con el servicio de aseo, menos aún que éstas se realizaran desde el año 1997 y 2017; y tampoco, que las mismas estuvieran consignadas en las funciones de algún cargo de la demandada.

Frente al ejercicio de funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas, no se encuentra acreditado que el nominador de la Policía Nacional, Departamento de Caldas fuera conocedor de que la señora

Lucero Cardona Torres realizaba actividades de aseo en la Estación de Policía de Neira, Caldas; y, tampoco está demostrado que, los comandantes de turno de dicha Estación fueran los ordenadores del gasto con la facultad de realizar contrataciones.

Y, pese, a que se afirma en la demanda y en el testimonio recibido que, los Agentes de Policía de la Estación de Neira, Caldas, de manera verbal asignaron a la demandante las labores de limpieza del lugar, ello no compromete la responsabilidad del Ministerio de Defensa – Policía Nacional, toda vez que no tenía conocimiento de la situación que se presentaba en la Estación en mención; sin encontrarse acreditado en este asunto quién fue el uniformado que impartió la instrucción a la demandante para presar sus servicios de aseo.

Por lo expuesto se concluye que, en este caso la demandante Lucero Cardona Torres no ostentaba la calidad de «*funcionario de hecho*» porque no logró demostrar los requisitos que se exigen para ello.

Ahora, al no encontrarse acreditada una relación laboral bajo la forma de contrato estatal, no resulta posible la aplicación del principio de primacía de la realidad en relación con contratos de prestación de servicios; pues, en virtud de la solemnidad que deben regir los contratos estatales, éstos deben constar por escrito de conformidad con lo establecido en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993; no pueden validarse los acuerdos verbales como medio para demostrar la existencia de un contrato estatal.

En este sentido el Consejo de Estado⁶ analizó lo siguiente:

“(...) Entonces, el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de éste conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, “...pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...”²⁰

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007. CP. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 25000-23-26-000-1995-01123-01(16211)

Igualmente, por sabido se tiene que la solemnidad según la cual, esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito ad substantiam actus, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito implica que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman. (...).

De lo expuesto, no hay duda que, los contratos estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, deben constar por escrito, de no ser así no hay lugar a considerar que existe el negocio jurídico, de manera que constituye requisito *sine qua non* para su perfeccionamiento que cumpla con el presupuesto de la forma que atañe a su forma escrita, por tanto, si no se acredita dicha exigencia no es posible predicar su perfeccionamiento, relación contractual que por modo alguno aduce en el libelo introductorio como fundamento del derecho que deprecia y por lo mismo fuente de los emolumentos que pretende le sean reconocidos.

Por lo considerado, para esta Sala no resulta procedente acceder a la pretensión de declaratoria de una relación laboral y reglamentaria, ni de una función de hecho, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia; y por lo mismo, se declarará próspera la excepción de *“Presunción de legalidad del acto administrativo acusado e inexistencia del derecho reclamado”*, propuesta por la demandada.

Es preciso señalar que, esta Sala de decisión se ha pronunciado en sentido similar en sentencia de 30 de septiembre de 2022⁷; respecto de la imposibilidad de declarar probada una relación legal, sin la existencia de contratos de prestación de servicios entre las partes.

10. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la

⁷ Tribunal Administrativo. Sentencia de 30 de septiembre de 2022. MP. Dr. Fernando Alberto Álvarez Beltrán. Rad. 17001 23 33 000 2018 000507 00

medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

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

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

III. Resuelve

Primero: Declarar probada la excepción propuesta por la demandada Policía Nacional denominada *“Presunción de legalidad del acto administrativo acusado e inexistencia del derecho reclamado”*.

Segundo: Negar las pretensiones de la demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora Lucero Cardona Torres contra el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

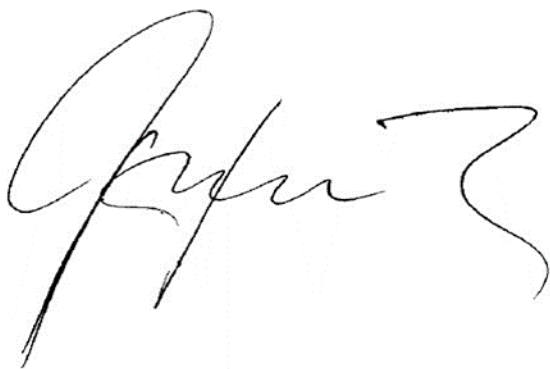
Tercero: Condenar en costas en esta instancia a la demandante y en favor de la demandada a título de agencias en derecho.

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

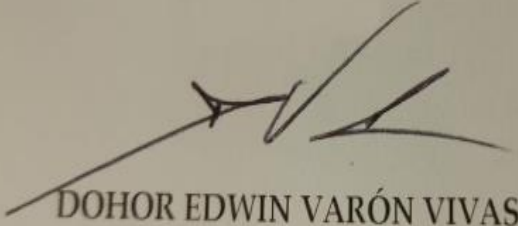
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'F' and 'A' followed by 'lvarez Beltrán'.

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Morales Valencia'.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-23-33-000-2019-00381-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 339

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LEIDY VIVIANA BARRERO ROMERO** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL -DEAJ-**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2019-00391-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 340

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **KEVIN ALEJANDRO ROJAS ECHEVERRY** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL -DEAJ-**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 33 004 2019 00411 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Jorge Aldemar Bartolo Torres
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 128

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de junio de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La entidad demandante, actuando a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que solicita lo siguiente:

- “ Que se declare la nulidad parcial de los actos administrativos: Resolución No. GNR 242743 del 11 de agosto de 2015, Resolución No. GNR 362213 del 18 de noviembre de 2015, Resolución No. VPB 8042 del 17 de febrero de 2016 y la Resolución SUB 29557 del 4 de abril de 2017, expedidas por Colpensiones, mediante las cuales se reconoció y reliquidó, pero no en debida forma, la pensión especial de vejez del accionante.*
- Que se declare la nulidad total de los actos administrativos: Resolución No. SUB 2083 del 8 de enero de 2019 y Resolución No. DPE 582 del 12 de marzo de 2019, mediante las cuales Colpensiones negó la reliquidación especial de vejez del accionante.*
- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento de la pensión especial de vejez del accionante, como beneficiario del régimen exceptuado de los miembros de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, de que trata el Parágrafo Transitorio 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, ordenando reliquidar la pensión con una tasa de reemplazo del 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios y según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, artículo 4 de la Ley 4 de 1966, Decreto 407 de 1994, Decreto 407 de 1994, Decreto 446 de 1994, y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que dispone que la liquidación de la pensión especial de vejez de los miembros del cuerpo de custodia y*

vigilancia penitenciaria nacional, se debe realizar incluyendo todos los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y demás factores que fueron percibidos por el accionante: asignación básica mensual, sobresueldo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, subsidio de unidad familiar, prima de riesgo, prima de capacitación dragoneantes técnicos, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por recreación.

- Se ordene a Colpensiones realizar las deducciones por aquellos factores salariales que no fueron objeto de cotización por parte del INPEC, los cuales deberán ser tenidos en cuenta para efectos de la reliquidación pensional, toda vez que fueron habitualmente percibidos por el demandante y la obligación de realizar los recobros respectivos por estos conceptos.

- Se ordene el pago por el total de dineros adeudados por concepto de retroactivo desde el 3 de marzo de 2017 hasta la fecha del pago efectivo.

- Se realice la indexación de todos los montos al valor actual de la moneda e incremento legal de la mesada pensional conforme al IPC.

- Se ordene el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 3 de marzo de 2017 hasta la fecha.

- Se ordenen las deducciones, si a ellas hubiere lugar, que por ley corresponden de los montos reconocidos con dirección al Sistema General de Seguridad Social en Salud-

- Se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

2. Hechos.

Como sustento fáctico de la demanda se expone lo siguiente:

- El accionante nació el 9 de mayo de 1975 y laboró en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC en el cargo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria desde el 12 de enero de 1994 hasta el 2 de marzo de 2017, prestando sus servicios durante el último año en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Manizales.

- El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario comenzó a realizar el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a partir del 1 de julio de 2014, para aquellos funcionarios que se posesionaron con anterioridad al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, sobre los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, sueldo básico, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, sueldo por vacaciones, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad. Aunado a ello, como contraprestación directa por la prestación de sus servicios, de manera habitual y mensual, le cancelaban al demandante los siguientes factores salariales: prima de riesgo, subsidio de unidad familiar, prima de capacitación dragoneantes técnicos y bonificación por recreación, sobre los cuales el INPEC no realizó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

- Colpensiones, mediante Resolución No. GNR 242743 del 11 de agosto de 2015, reconoció la pensión especial de vejez del accionante, donde sólo se tomaron en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, a pesar de que le venían realizando aportes por los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
- El demandante interpuso los recursos en vía administrativa y mediante la Resolución No. GNR 362213 del 18 de noviembre de 2015 se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión en todas sus partes, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin el accionante estar inmerso en el Régimen de Transición.
- Mediante Resolución No. 6387 del 20 de diciembre de 2016 se aceptó la renuncia del accionante a partir del 3 de marzo de 2017, razón por la cual, mediante Resolución No. SUB 29557 del 4 de abril de 2017, se procedió a reliquidar e incluirlo en nómina, acto administrativo que se fundamentó en lo preceptuado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, a pesar de que goza de un régimen especial.
- El accionante solicitó reliquidación de su pensión el 1 de octubre de 2018, petición que fue resuelta negativamente mediante la Resolución No. SUB 2083 del 08 de enero 2019, confirmada por la Resolución No. DPE 582 del 12 de marzo de 2019.

3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.

Constitución Política artículos 48 y 53; Ley 32 de 1986 artículo 96; Ley 33 de 1985, artículo 1º; Ley 4 de 1966 artículo 4; Decreto 1045 de 1978, artículo 45; Decreto 407 de 1994, artículo 168; Decreto 446 de 1994; Ley 1437 de 2011.

Argumenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dejó vigente la ley 32 de 1986, en lo que respecta al régimen pensional de los empleados del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, tornándose en un régimen pensional especial exceptuado. Indica que la Ley 32 de 1986 no estableció la forma como se debe liquidar la pensión de estos empleados, por ende, como lo establece el artículo 114 ibidem, se deben aplicar como normas subsidiarias las normas vigentes para los empleados públicos nacionales, que en este caso es el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, la cual reza que las pensiones se pagaran tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 que consagra los factores salariales para la liquidación de cesantías y pensiones.

Explica que respecto de la aplicación de los factores salariales que trae el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, hay que aclarar que estos no pueden tomarse como los únicos, pues como lo ha señalado el Consejo de Estado, estos factores no son taxativos y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Cita varios pronunciamientos del Consejo de Estado donde se reconocen factores salariales no incluidos en el listado del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Concluye que los actos administrativos demandados fueron proferidos con desconocimiento de las normas en que deberían fundarse, de manera irregular e indebidamente motivados, porque el accionante no se encuentra inmerso en el régimen de transición, pues goza de un régimen pensional especial de conformidad con el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, que se extiende a lo preceptuado en la Ley 4ª de 1966 artículo 4 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por consiguiente, la liquidación del IBL para efectos de computar su mesada pensional debió hacerse de conformidad con el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios con una tasa de reemplazo del 75%, incluyendo la totalidad de los factores que constituyen materialmente salario, situación que no fue realizada por la demandada en los actos administrativos sobre los cuales se solicita la declaratoria de nulidad.

4. Contestación de la demanda.

La entidad demandada contestó oponiéndose a cada una de las pretensiones por considerar que todas las decisiones tomadas respecto del reconocimiento pensional del señor Jorge Aldemar Bartolo Torres, están ajustadas a derecho, pues se ha seguido con rigurosidad los preceptos normativos y jurisprudenciales aplicables.

Propuso las excepciones que denominó:

- *“Ausencia del derecho reclamado- aplicación normativa y reliquidación pensional”* la cual sustenta en que no es posible acceder a la reliquidación pensional que pretende al accionante, puesto que al dar aplicación a una normatividad anterior a la vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella únicamente puede aplicar lo atinente a edad, semanas y monto, mas no la forma para calcular el IBL, con el cual se liquidará la prestación.

“Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”. Al respecto indica que teniendo en cuenta la modificación que introdujo el Decreto 1158 de 1994 al artículo 6 del Decreto 691 de la misma anualidad, dispone cuáles serán los factores salariales que se tendrán en cuenta para calcular las cotizaciones al sistema por parte de los empleados públicos.

“Improcedencia de reliquidar la prestación pensional”. Señala que teniendo en cuenta que el reconocimiento de la prestación pensional a favor del accionante se realizó por cuanto es beneficiario del régimen de transición, la misma debe liquidarse conforme lo dispone la normatividad vigente, pues este factor no fue incluido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De esta manera, al encontrarse el accionante el 1º de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, el Ingreso Base de Liquidación será el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior y contare con más de 1250 semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

“Prescripción del reajuste a la mesada pensional”; “Prescripción”; “Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”; “Buena fe”.

5. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia el 30 de junio de 2021, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

PRIMERO. DECLARAR probadas las excepciones de “Ausencia del derecho reclamado-aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados” y “buena fe” planteadas por Colpensiones.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la considerativa de esta sentencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas por lo expresado en la parte motiva.

[...]

Cita dos sentencias, una proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas y otra por el Consejo de Estado, en las cuales se concluye que para efectos de determinar el IBL en casos como el que ahora convoca la atención del Juzgado, se acude al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 de la misma ley y solo teniendo en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado, por lo que no resulta aplicable la Ley 4ª de 1966 que establece en su artículo 4º que la pensión se liquidará tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, en armonía con el Decreto 1045 de 1978.

Dice que *“Si bien en caso similar al presente, el Juzgado había accedido a la reliquidación de la pensión de jubilación de un servidor público del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC con la inclusión de los factores salariales atendiendo lo dispuesto por el Decreto 1045 de 1978 y Ley 33 de 1985 y que fueran devengados en el último año de servicios, dicha decisión fue revocada por el Tribunal Administrativo de Caldas en reciente fallo del 26 de marzo de este año³, el cual fue citado en esta providencia, concluyendo entonces, que para calcular el IBL en las pensiones del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, se acude a las reglas establecidas por el numeral 3º del art. 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 21 de la misma codificación y los Decretos 691 y 1158 de 1994, esto es, factores sobre los cuales se hubiere cotizado y en tal sentido, las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.”*

6. Recurso de apelación.

La parte demandante estima que la primera instancia incurrió en un error de derecho por inadecuada aplicación e interpretación de las normas que regulan el Régimen Pensional de los Funcionarios Adscritos al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional.

Aduce que se quebrantó del principio de inescindibilidad de la norma y de la interpretación más favorable al trabajador, toda vez que la normativa especial no establece expresamente que la liquidación se realizará de conformidad con la Ley 100 de 1993. Según dice, se pasó por alto que, al señor Jorge Aldemar Bartolo Torres, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC le realizó aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por los factores salariales consignados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, siendo estos: Asignación Básica Mensual, Sobresueldo, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Bonificación por Servicios Prestados, Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Sueldo de Vacaciones.

Dice que el despacho impartió legalidad a unos actos administrativos mediante los cuales se reconoció y liquidó la Pensión Especial de Jubilación del demandante, en los cuales, para reconocer la pensión, aplicó las normas del Régimen Pensional Especial de Jubilación como es la Ley 32 de 1986, pero para efectos de obtener el Ingreso Base de Liquidación, dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que es la norma general, teniendo en cuenta solamente los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, a pesar de que al actor le venían realizando aportes por los factores salariales consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Para obtener la tasa de remplazo dio aplicación al Artículo 4 de la Ley 4 de 1966, es decir, liquidó la pensión con una tasa de remplazo del 75% pero no del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios como lo consagra la norma sino sobre lo devengado en los 10 últimos años de servicios como lo establece la Ley 100 de 1993. Lo que en otras palabras quiere decir que al demandante se le reconoció ser destinatario de una norma especial, pero los efectos favorables de dicha prerrogativa se desconocieron, toda vez que para liquidar su pensión se le aplicó el régimen general.

Solicita la revocatoria del fallo de primera instancia y que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra Colpensiones, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le negó la reliquidación de la pensión de vejez con todos los factores devengados en el último año de servicios, entre ellos, el subsidio de alimentación, auxilio de transporte, subsidio de unidad familiar, prima de riesgo, prima de

capacitación dragoneantes técnicos, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por recreación.

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿Cuál es el Ingreso Base de Liquidación aplicable a la situación pensional del demandante?
- 1.2. ¿El demandante tiene derecho a que por la Administradora Colombiana de Pensiones se disponga la liquidación de su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios?

2. Régimen pensional aplicable a los funcionarios del INPEC.

Tal y como se expuso por el a quo en su momento, el régimen de transición de los funcionarios del INPEC es el establecido en el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005, conforme al cual, para acceder a la pensión en los términos de la Ley 32 de 1986, se debe acreditar el ingreso al INPEC antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003 (28 de julio de 2003).

La anterior premisa se encuentra a tono con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-012 de 2022, a saber:

7.7 En atención a la controversia planteada, la Corte Constitucional subraya que el ordenamiento jurídico prevé formas y criterios para que los jueces resuelvan conflictos entre disposiciones jurídicas y las interpretaciones que se puedan realizar sobre éstas. Tal como se explicó previamente, estos criterios son (i) el criterio jerárquico; (ii) el criterio cronológico, y (iii) el criterio de especialidad[83].

7.8 La aplicación de estos criterios al conflicto interpretativo previamente expuesto, permiten a esta Sala determinar que el régimen de transición de los funcionarios del INPEC es el establecido en el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005, como se observa a continuación:

- *Según el criterio jerárquico, se debe preferir la norma que tenga rango superior. En este caso están involucradas, por una parte, la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 2090 de 2003, y por el otro, el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Por ende, ésta última disposición jurídica es la que debería primar al tener naturaleza constitucional, lo que redundaría en una aplicación del principio de supremacía de la Constitución establecido en el artículo 4° Superior: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.*

- De conformidad con el criterio cronológico se debe preferir la norma posterior sobre la anterior, de manera que prevalezca la voluntad expresada después en el tiempo. En el debate actual estaría una Ley de 1993 y un Decreto Ley del 2003, pero por otra parte un Decreto y un Acto Legislativo que datan del 2005, por lo que resultaría claro que también se deberían preferir éstas últimas disposiciones al ser proferidas en un momento subsiguiente.

- En cuanto al criterio de especialidad debe primar la norma que regula un tema especial sobre la legislación que tenga un carácter más general. Respecto al régimen de pensiones referido, se resalta que la Ley 100 de 1993 regula el Sistema General de Seguridad Social en pensiones y el Decreto Ley 2090 de 2003 fija las condiciones para las actividades de alto riesgo, dentro de las cuales están incluidas las labores de los trabajadores del cuerpo de custodia del INPEC. En cambio, el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 se refieren específica y únicamente a “los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional” y no fija reglas generales ni lineamientos sobre el resto de actividades riesgosas. Por ende, también prevalecerían estas normas sobre aquellas, atendiendo su carácter especial.

7.9. Por otra parte, se destaca que también existen disposiciones relevantes para resolver la controversia en materia de Derecho Laboral, en tanto el principio de favorabilidad laboral exige que se debe preferir la norma más beneficiosa para el trabajador^[84]. Así, en este debate sobre el régimen de transición de la Ley 32 de 1986, se observa que resultarían más favorables para la señora Cristina Ardila Garzón el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 frente a la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 2090 de 2003, en cuanto aquellas normas prevén que se dará aplicación al régimen anterior para quienes ingresaron al INPEC antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003 (28 de julio de 2003). En cambio, las otras normas exigen para el mismo efecto, contar con 500 semanas cotizadas para esa fecha y tener 35 años para mujeres, 40 años para hombres o 15 años de servicio en el momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994).

7.10. Así las cosas, la Sala evidencia que, en este caso concreto, el Tribunal Administrativo del Meta omitió realizar una interpretación sistemática de las normas que regulan el régimen pensional de los funcionarios del INPEC, conforme a la Constitución, pues no tuvo en cuenta los criterios previstos en el ordenamiento jurídico para interpretar el régimen pensional de dichos funcionarios, que permiten establecer que el régimen de transición de la Ley 32 de 1986 es el previsto en el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 (parágrafo transitorio 5° del artículo 1°).

7.11. Como se sustentó previamente, esta conclusión se deriva de la aplicación de los criterios de: (i) finalidad con que fue aprobado el parágrafo 5° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005-; (ii) el criterio jerárquico, que da prevalencia al Acto Legislativo 01 de 2005, por tener naturaleza constitucional; (iii) el criterio temporal, que da prioridad al Decreto 1950 de 2005 y al Acto Legislativo 01 de 2005 por tratarse de disposiciones posteriores; (iv) el criterio de especialidad, que otorga primacía al Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 al regular específicamente la situación de los integrantes del cuerpo de custodia; y, (v) el principio de favorabilidad laboral, debido a que las condiciones establecidas en el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 son más beneficiosas para la señora Cristina Ardila.

En el sub lite, se tiene que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional establecido en el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005, y por ende, su situación pensional se halla gobernada por la Ley 32 de 1986. Así lo dispone el artículo 1° del Decreto en mención:

Artículo 1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto-ley 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. Con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1 del Decreto 1835 de 1994. /rft/

La citada Ley 32 de 1986, en su artículo 96, previó:

Artículo 96. Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad. /rft/

3. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL aplicable en el sub iudice.

Un aspecto que se desprende de la aplicación del régimen de transición establecido en el Decreto 1950 de 2005 y el Acto Legislativo 01 de 2005 es el referido al alcance de los beneficios de dicho régimen y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

En cuanto al ingreso base de liquidación, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018, en la cual indicó el IBL que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

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

(...)

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

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la

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

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

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional de conformidad con lo previsto en el Decreto 1158 de 1994.

Los regímenes anteriores, aplicables a los servidores públicos en virtud al beneficio de la transición, también quedan sujetos a las subreglas fijadas por el Consejo de Estado para la determinación del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de vejez, entendiendo que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general y los regímenes especiales de pensiones anteriores a dicha ley, es decir, el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Lo anterior ha sido reiterado por la Corte Constitucional en sentencia como la T–109 de 2019 en donde expuso lo siguiente:

“Así, en la Sentencia SU-230 de 2015, la Sala Plena “reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”.

La interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha dicho este Tribunal:¹

“abarca a todos los regímenes anteriores a la expedición de dicha normativa, esto es, cubre tanto a quienes estuvieron afiliados al denominado régimen general (Ley 33 de 1985) como a los demás regímenes especiales (Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil, etc). En otras palabras, la interpretación establecida por la Corte Constitucional en relación con el ingreso base de liquidación como aspecto excluido del régimen de transición es aplicable para todas las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso aquellas que contemplan regímenes especiales.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia del 1 de junio de 2020¹ señaló que:

¹ Tribunal Administrativo de Caldas en providencia del 26 de marzo de 2021 con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín.

“4.6. Con todo, conviene señalar que, si en gracia de discusión se tuviera que el actor sí es beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, lo cierto es que tampoco habría lugar al amparo de los derechos fundamentales que invoca. Lo anterior, por cuanto la decisión del tribunal de denegar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, está conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, en diferentes pronunciamientos, ha considerado que la regla de exclusión del IBL aplica para todos los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, incluso aquellos que contemplan regímenes especiales como sería el caso del demandante”. (Se resalta).

De acuerdo con lo expuesto, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez del demandante se debe tener en cuenta el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el 21 de la misma ley y solo teniendo en cuenta los factores sobre los que se hubiera cotizado; por lo tanto, no le asiste razón al demandante al señalar que le resulta aplicable la Ley 4ª de 1966 que establece en el artículo 4º que la pensión se liquidará tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, en armonía con el Decreto 1045 de 1978...”

Resta decir que no son normas aplicables al sub examine para efectos de la reliquidación de la pensión, las citas por la parte demandante, esto es, el artículo 4 de la Ley 4 de 1996 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

4. El caso concreto.

Tal y como lo indicó el a quo, en el sub examine se encuentra demostrado que el señor Jorge Aldemar Bartolo Torres laboró en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia al servicio del INPEC en el cargo de Dragoneante desde el 12 de enero de 1994 hasta el 2 de marzo de 2017.

Para el 28 de julio de 2003 – fecha de entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003-, el demandante hacía parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional y por tal razón le resultaba aplicable el artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Mediante Resolución No. GNR 242743 del 11 de agosto de 2015 se reconoció la pensión especial de vejez del accionante, con fundamento en la Ley 32 de 1986 y tomando en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, la cual fue confirmada por la Resolución No. GNR 362213 del 18 de noviembre de 2015.

A través de la Resolución No. 6387 del 20 de diciembre de 2016 se aceptó la renuncia del accionante a partir del 3 de marzo de 2017, por lo cual, mediante Resolución No. SUB 29557 del 04 de abril de 2017, se procedió a reliquidar la prestación e incluirlo en nómina, acto administrativo que se fundamentó en lo preceptuado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 407 de 1994.

Posteriormente el accionante solicitó reliquidación de su pensión el 1 de octubre de 2018, petición que fue resuelta negativamente mediante la Resolución No. SUB 2083 del 08 de

enero 2019, confirmada por la Resolución No. DPE 582 del 12 de marzo de 2019, con lo cual se ratificó la negativa frente a la solicitud de reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios, previo al retiro definitivo.

Teniendo en cuenta que Colpensiones liquidó la prestación con base en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, solo incluyó como factores salariales la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados.

Ahora bien, el debate jurídico sobre el alcance del régimen de transición – de régimen general o de régimen especial - ha quedado zanjado con la postura jurídica adoptada por la Corte Constitucional a través de providencias hito como la C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado –y el mismo Tribunal Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El Consejo de Estado, por su parte, replanteó la posición que por años venía sosteniendo sobre el alcance de tal norma, plegándose así a lo dicho por la Corte mediante la sentencia del 28 de agosto de 2018, citada en precedencia.

Así pues, le asiste razón a la parte demandada cuando afirma que el monto de la pensión, entendido como el ingreso base de liquidación y factores de salario que conforman el mismo, debe ser aquel establecido en la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los últimos diez años y los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994; ello, en atención al criterio fijado por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado.

En punto a los factores de salario a incluir en la base de liquidación, ciertamente, se debe acudir al mandato 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:*

La asignación básica mensual;

Los gastos de representación;

La prima técnica cuando sea factor de salario;

Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;

La remuneración por trabajo dominical o festivo;

La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y

La bonificación por servicios prestados”.

Significa lo anterior, que los actos administrativos expedidos por la demandada para el reconocimiento de la pensión del demandante se encuentran ajustados a derecho, incluyendo aquellos cuya nulidad se depreca en esta oportunidad. Lo anterior, comoquiera que el IBL aplicado por la entidad fue conformado por los factores devengados en los diez años anteriores al retiro del servicio, pero solamente aquellos consagrados en el Decreto 1158 de

1994, dentro de los cuales únicamente se cuentan el salario básico y la bonificación por servicios prestados.

Baste lo anterior para concluir que las pretensiones de la parte actora no están llamadas a prosperar y de ahí que resulte viable confirmar el fallo de primera instancia

5. Condena en costas

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado² 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 consecuencia, comoquiera que no se observa gestión de la parte demandada en esta instancia, no habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de junio de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

Segundo: Sin condena en costas.

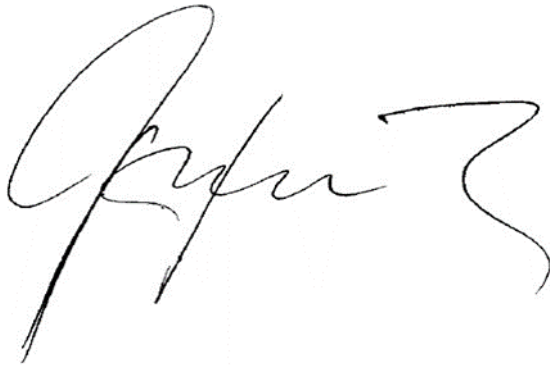
Tercero: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente al juzgado de origen previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

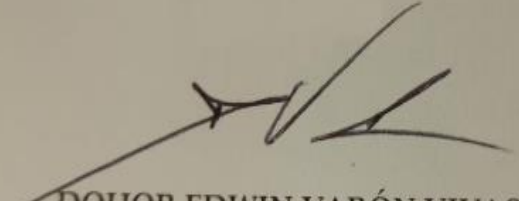
Notifíquese y Cúmplase

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

² 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

17-001-23-00-000-2020-00025-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 337

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia con la cual esta corporación negó sus pretensiones, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la sociedad **EFIGÁS S.A. E.S.P.** contra la **DIAN**.

RECONÓCESE personería a la abogada NANCY VALENTÍN MALAGÓN (C.C. N°20'500.157 y T.P. N°138.766) como apoderada sustituta de la parte demandante, en los términos del memorial de folio 922. En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 207

Radicación	17001-33-39-004-2021-00238-02
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 Bernardo de Filadelfia

I. Asunto

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante contra el auto del 9 de mayo de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

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

II. Antecedentes

La Dirección Territorial de Salud de Caldas impetró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. SUB 156181 del 02 de julio de 2021 expedida por Colpensiones, por medio de la cual se le reliquidó la pensión de vejez a la señora Luz Marina González Vargas, endilgando a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, responsabilidad en el pago de la prestación de la beneficiaria en un 3,82%.

En escrito aparte solicitó suspensión provisional del acto demandado, argumentando la falta de legitimación de la Dirección Territorial de Salud de Caldas para el reconocimiento de la cuota parte pensional, pues a pesar de haberse suprimido el Fondo del Pasivo Prestacional, se mantuvo el principio de concurrencia para la suscripción de los contratos respectivos en los

que se determinan las responsabilidades compartidas entre la Nación y las entidades territoriales en la atención del pasivo.

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. 509 del 9 de mayo de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales negó la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo en cuestión.

En la providencia se trajo a colación el estudio jurídico adelantado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Proveído del 14 de abril de 2016, radicado No. 25000-23-42-000-2015-06102-01(AC), en torno a la responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional de los servidores del sector de la salud, causado hasta el fin de la vigencia presupuestal de 1993.

Indicó el a quo que, confrontadas las normas citadas en el acápite anterior, y observado el procedimiento adelantado por Colpensiones para determinar la cuota parte pensional que le adjudicó a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, podría en principio arribarse a la conclusión de que existe una violación al debido proceso y una transgresión a las normas en las cuales el acto administrativo que reconoció la prestación debía fundarse, pues como lo observa la apoderada de la parte demandante, son la Nación y las entidades territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos) quienes deben concurrir para atender el pasivo prestacional del sector salud a 31 de diciembre de 1993, lo que eventualmente podría conducir a que se exonerara a la Dirección Territorial de Salud de Caldas de concurrir como cuota partista en la pensión de vejez de la mencionada ciudadana. No obstante lo anterior, también consideró que no puede desconocerse que la suspensión provisional del acto demandado tendría efectos directos en un tercero que no se encuentra vinculado al proceso, vinculación que no se ha realizado en atención a que lo que se discute en esta litis no es su derecho pensional sino el porcentaje con el cual deben concurrir cada una de las entidades involucradas; y bajo ese entendimiento, diferenció dos aspectos para dilucidar la procedencia de la medida cautelar solicitada, esto es, el reconocimiento del derecho y la forma de financiación.

Con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional, consideró que toda discusión alrededor de la responsabilidad financiera de las entidades para el cubrimiento de tal prestación - bono pensional o cuota parte – no debe incidir en el reconocimiento del derecho a la pensión que le asiste al beneficiario de la misma, por su íntima conexidad con el derecho al mínimo vital, la salud y las condiciones de vida digna de éste.

Sobre esto último, se dijo por el a quo lo siguiente:

“De lo anterior se colige que el mecanismo de financiación de la pensión, no es una carga que debe asumir quien ha cumplido con todos los requisitos legales para gozar de esta prestación en cualquiera de sus modalidades, pues la consulta y adjudicación de la cuota parte constituye un trámite financiero que exclusivamente puede afectar a quienes se encuentran obligados a sufragar la pensión. Es decir, la forma de financiar la pensión no puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho a la seguridad social y demás derechos fundamentales asociados a éste.

En ese sentido, si bien le asiste razón a la Dirección Territorial de Salud de Caldas al solicitar que se estudie la posibilidad de decretar una suspensión provisional del acto administrativo demandado, dicho análisis no es factible solamente desde una perspectiva legal, pues desde el punto de vista constitucional la mencionada medida no es viable, en tanto se estarían vulnerando los derechos fundamentales constitucionales de quien goza en este momento de la pensión de vejez, la cual fue obtenida en concordancia con todas las exigencias legales en la materia.”

Recurso de apelación.

La DTSC insiste en la necesidad de suspender los efectos de un acto administrativo que le atribuye ilegalmente la obligación de asumir una cuota parte pensional. Asimismo, sostiene que Colpensiones vulneró el debido proceso de dicha entidad al confundirla con el Patrimonio Autónomo y endilgarle periodos que no son de su competencia; además, porque nunca le notificó el proyecto de resolución para presentar las objeciones correspondientes.

Itera la solicitud de suspensión en lo que concierne a la cuota parte atribuida a la DTSC.

II. Consideraciones de la Sala

En el sub júdice se reclama la suspensión provisional de la Resolución No. SUB 156181 del 02 de julio de 2021 expedida por Colpensiones, por medio de la cual se le reliquidó la pensión de vejez a la señora Luz Marina González Vargas, endilgando a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, responsabilidad en el pago de la prestación de la beneficiaria en un 3,82%.

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

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

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

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

El artículo 231 Ibidem, dispone:

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

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

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

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.

¹ En adelante C.P.A.C.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“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”.

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

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

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 del acto administrativo mediante el cual se reconoció la pensión de vejez a la señora Luz Marina González Vargas, atribuyendo una cuota parte a 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

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.”

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 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/
[...]

Ahora bien, 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.

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.

⁵ Por el cual se reglamentan los artículos **61**, **62** y **63** de la Ley 715 de 2001.

Siendo ello así, le asiste razón a la parte demandante cuando afirma que, la cuota parte a ella atribuida en el acto administrativo enjuiciado, no encuentran soporte en la ley y su reglamentación, puesto que el pasivo pensional del sector salud, generado hasta el 31 de diciembre de 1993, debe ser asumido por la Nación y las entidades territoriales y para el caso de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, esta fue instituida a partir de la Ordenanza N°. 446 de 2002 como una Unidad Especial del orden departamental, a la que Colpensiones no podía atribuirle la competencia en comento. Adicionalmente, en el periodo de tiempo que se causó la cuota parte, esto es, entre el 01 de febrero de 1982 hasta el 20 de febrero de 1983, la señora Luz Marina González Vargas laboró al servicio del Hospital San Bernardo de Filadelfia – Caldas–, por lo que tampoco pudiera argumentarse que la demandante es responsable de los aportes por tal lapso.

Se ha podido establecer que, en el sub examine, Colpensiones expidió la Resolución No. SUB 156181 del 02 de julio de 2021, por medio de la cual reliquidó la pensión de vejez a la señora Luz Marina González Vargas, endilgando a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, responsabilidad en el pago de la prestación por una cuota parte del 3,82%; en la parte motiva de dicho acto administrativo se expone lo siguiente:

“Es pertinente aclarar que bajo radicados Nos 2017_8797288 del 23 de agosto de 2017, y 2017_12993537 del 07 de diciembre de 2017, la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, objeta las consultas de cuota parte en los siguientes términos:

“(…) 3- Sobre el caso en concreto se tiene que el periodo laborado por la señora LUZ MARINA GONZALEZ VARGAS en el HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA desde el 01/02/1982 hasta el 20/02/1983, de conformidad con la Circular 025 del 18 de Mayo de 2010, es responsabilidad del DEPARTAMENTO DE CALDAS para quienes no están reconocidos como beneficiarios del contrato de concurrencia 083 de 2001 como es el caso de la beneficiaria de pensión. (…)

Que de igual manera bajo radicado No 2017_11366644 del 26 de octubre de 2017, la GOBERNACION DE CALDAS, objeta la consulta de cuota parte, en los siguientes términos:

“(…) Es de resaltar que conforme al certificado expedido por Hospital San Bernardo del municipio de Filadelfia, el 9 de abril de 2.014. según consecutivo 21, consta que dicho tiempo es asumido por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, motivo por el cual debe ajustarse la resolución conforme a dicho certificado. Para mayor claridad anexamos la circular 011 de noviembre 25 de 2.015, expedida por el Departamento de Caldas y la Dirección Territorial de Caldas, donde se aclara dicha responsabilidad. Por lo anterior se OBJETA la cuota parte a Cargo del Departamento, debiendo efectuar dicha Consulta a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, (…)”

Que bajo radicado No 2018_235548, del 10 de enero de 2018, esta administradora en atención a la comunicación GA-120-1125, de fecha 07 de diciembre de 2017 a través de la cual DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, objeta la consulta de cuota parte, establece que la entidad que debe responder por el periodo del 01 de febrero de 1982 al 20 de febrero de 1983, es la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, de

conformidad al certificado CLEBP No 1 con fecha de expedición 09 de abril de 2014.

Ahora bien, mediante radicado No 2020 13188312 del 24 de diciembre de 2020, se requirió a la Dirección de operaciones solicitar el certificado Cetil con el fin de establecer a cargo de quien están los tiempos laborados con el empleador HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA desde el 01/02/1982 hasta el 20/02/1983, a lo que indicaron:

"(...)Nos permitimos informarles que no es posible cargar en la Historia Laboral los tiempos públicos requeridos, toda vez que se realizó es requerimiento de la certificación mediante la plataforma de CETIL con número de solicitud 20200000085297 y fecha de vencimiento 06/07/2020 del cual se adjunta evidencia, sin que estos hayan sido entregados y certificados por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN BERNARDO (entidad certificadora), que de acuerdo a los plazos y tiempos establecidos mediante los decretos 726 de 26 abril de 2016 y 491 des 26 de marzo de 2020 (Artículo 5) estos se encuentran vencidos, razón por la cual no resulta viable realizar el proceso de acreditación de los tiempos públicos laborados. (...)"

Que por lo anterior esta administradora cargara la cuota parte a la entidad DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, de conformidad a lo indicado en certificado CLEBP No 1 consecutivo 21, con fecha de expedición 09 de abril de 2014."

Como puede verse, el único argumento expuesto por Colpensiones para atribuir la cuota parte pensional a la Dirección Territorial de Caldas, radica en que esta última entidad es quien aparece en el certificado CLEBP No 1 consecutivo 21, con fecha de expedición 09 de abril de 2014, como responsable de asumir el tiempo laborado por la señora Luz Marina González Vargas entre el 1 de febrero de 1982 hasta el 20 de febrero de 1983, al servicio del hospital San Bernardo del municipio de Filadelfia. Ninguna consideración de orden legal se hace en torno a la concurrencia en el pago del pasivo pensional del sector salud, generado hasta el 31 de diciembre de 1993, el cual, como ya se vio, debe ser asumido por la Nación y las entidades territoriales correspondientes y no por la Dirección Territorial de Caldas con su propio patrimonio; a lo sumo, lo sería con el patrimonio de la fiducia constituida en virtud del contrato de concurrencia suscrito entre el departamento de Caldas y la Nación -Ministerio de Hacienda, respecto del cual dicha Dirección Territorial actúa como administradora según la información que de manera preliminar ha dado el departamento al contestar la demanda. No obstante, es claro para la Sala que el acto administrativo cuestionado asigna directamente la responsabilidad en el pago de la cuota parte del 3.82% de la pensión, a la Dirección Territorial de Caldas directamente y no en calidad de administradora de un encargo fiduciario.

Siendo ello así, se encuentra cumplido el presupuesto para la procedencia de la suspensión provisional del acto acusado, dado que con el mismo se trasgreden las disposiciones invocadas en la demanda.

El restablecimiento del derecho que también se deprecia en la demanda, es un aspecto que será objeto de decisión al momento de dictar sentencia y con base en la prueba de los pagos o erogaciones efectuadas por la Dirección Territorial de Caldas en favor de la pensionada y en cumplimiento de la cuota parte pensional impuesta en el acto enjuiciado.

También resulta de la mayor importancia dejar señalado que, la suspensión provisional en estos casos no compromete el goce del derecho pensional de la señora Luz Marina González Vargas pues la controversia no recae sobre la existencia o titularidad del mismo sino sobre las entidades obligadas a concurrir en el pago de la pensión y por lo tanto, independientemente de quien sean llamadas a ello, la prestación continuará siendo reconocida y pagada completa y oportunamente por parte de la demandada. Es por lo anterior que no resulta de recibo el argumento expuesto por el a quo para negar la medida provisional en el sub examine.

Aclarado esto último, se procederá a decretar la suspensión provisional parcial de la Resolución No. SUB 156181 del 02 de julio de 2021, en cuanto hace referencia a la fijación de la cuota parte del 3,82% a cargo de la Dirección Territorial de Salud de Caldas. En consecuencia, Colpensiones deberá seguir pagando el 100% de la mesada pensional mensual a la señora Luz Marina González Vargas, hasta que se emita el pronunciamiento de fondo mediante sentencia.

En conclusión, se revocará el auto proferido en primera instancia y en su lugar, se decretará la medida cautelar de suspensión provisional parcial del acto acusado en los términos precisados en precedencia. Con todo, 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.

Por último, conviene señalar que en un caso de perfiles fácticos y jurídicos análogos al presente, se pronunció este Tribunal Administrativo acogiendo la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo objeto de litigio.⁶

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

III. Resuelve

⁶ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Primera de Decisión. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Manuel Zapata Jaimes. Auto del 12 de julio de 2023 proferido dentro del proceso radicado bajo el número 17001-33-39-008-2022-00193-02, en donde funge como demandante la Dirección Territorial de Caldas y como demandados la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Colpensiones, Departamento de Caldas, E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia.

Primero: Se revoca el auto del 9 de mayo de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

Segundo: Se decreta la suspensión provisional parcial de los efectos jurídicos de la Resolución No. SUB 156181 del 2 de julio de 2021, en cuanto hace referencia a la fijación de la cuota parte del 3,82% a cargo de la Dirección Territorial de Salud de Caldas. En consecuencia, Colpensiones seguirá pagando el 100% de la mesada pensional mensual a la señora Luz Marina González Vargas, hasta que se emita el pronunciamiento de fondo mediante sentencia.

Tercero: 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.

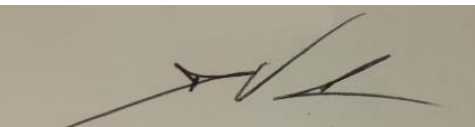
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación	17001-23-33-000-2023-00032-00
Clase	Validez
Accionante	Departamento de Caldas
Accionado	Municipio de Salamina – Caldas
Providencia	Sentencia No. 127

Procede esta Sala a decidir sobre el control de validez del Acuerdo Nro. 001 del 23 de enero de 2023 *"Por medio del cual se modifica el Decreto Nro. 158 del 28 de diciembre de 2022, que liquida el presupuesto a ejecutar en la vigencia fiscal 2023, con el fin de efectuar adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 y se modifican nuevas intervenciones de infraestructura vial según Acuerdo Nro 02 del 30 de mayo de 2022"*, expedido por el Concejo del municipio de Salamina, Caldas.

I. Antecedentes

El día 24 de febrero de 2023, la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas elevó escrito ante el Tribunal Administrativo de Caldas con las siguientes pretensiones:

“Se DECIDA sobre la validez del Acuerdo Nro. 001 del 23 de enero de 2023 del Honorable Concejo Municipal de Salamina, Caldas "Por medio del cual se modifica el Decreto Nro. 158 del 28 de diciembre de 2022, que liquida el presupuesto a ejecutar en la vigencia fiscal 2023", con el fin de efectuar adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 y se modifican nuevas intervenciones de infraestructura vial según Acuerdo Nro 02 del 30 de mayo de 2022, del Municipio de Salamina, Caldas.”

1. Hechos

Sostiene la parte demandante que el Concejo Municipal de Salamina – Caldas, profirió el Acuerdo ya reseñado, luego de realizados los dos debates así:

El primero, el día 18 de enero de 2023; y el segundo, el día 23 de enero de 2023, siendo sancionado el 26 de enero de 2023 por el señor Juan Pablo Ospina Rosas en calidad de Alcalde del Municipio de Salamina – Caldas.

Relata que el 27 de enero de 2023 fue radicado en la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas el referido Acuerdo municipal para su respectiva revisión por parte del señor Gobernador en desarrollo de la competencia establecida en artículo 305 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia.

Finalmente, indica que en ejercicio de la competencia establecida al Tribunal Administrativo por el Decreto ley 1333 de 1986 artículo 119 y siguientes, numeral 2 del artículo 151 de la ley 1437 de 2011 y artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, se presenta este procedimiento de control con el fin de que se revise su validez a la luz de la normativa vigente. De tal manera que en virtud del artículo 120 del decreto 1333 de 1986, en concordancia con el artículo 162, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, se envían copias del presente escrito al Alcalde Municipal, presidente del Concejo Municipal y Personería Municipal del Municipio de Salamina, Caldas para los fines establecidos en la norma.

2. Concepto de la violación

Se citan los siguientes preceptos normativos a saber:

- Constitución Política de Colombia, artículos 305, numeral 10.
- Ley 136 de 1994, artículos 23, parágrafo 3; 31 y 73.
- Reglamento Interno del Concejo del Municipio de Salamina – Acuerdo No. 001 del 18 de febrero de 2019 *“Por medio del cual se deroga el Acuerdo Número 005 del 10 de junio de 2013 y se determina el nuevo Reglamento Interno del Concejo Municipal de Salamina-Caldas, artículos 5, parágrafo 2, 63, 64, 64.1, 64.2, 65, 66, inciso 4, 82, 83, 83.1, 83.2, 83.1, 84 y 85”*.
- Decreto Ley 1333 de 1986, artículos 119 y siguientes, numeral 3 del artículo 151 modificado por el artículo 27 de la Ley 2080 de 2021 y artículo 162, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.

El motivo de reparo de la Gobernación del Departamento de Caldas con relación al Acuerdo aludido radica en lo siguiente:

“La falta de votación necesaria para aprobación en primer debate del Proyecto de Acuerdo Nro. 001 de enero de 2023 llevada en la Comisión Tercera de Presupuesto y Hacienda Pública el día 18 de enero de 2023, dando como resultado 5 votos de los cuales 2 votos fueron negativos y 3 votos fueron

positivos, de estos 3 votos positivos un integrante del Concejo de la Comisión lo realizó desde el medio de la virtualidad, sin estar contemplado en la normatividad legal vigente esta modalidad de participación en la sesión de debate en Comisión o Plenaria respectivamente del Concejo Municipal, siendo este voto contrario a la normatividad legal vigente”

Aduce que el párrafo 3 del artículo 23 de la Ley 136 de 1994, establece que se podrá participar de las sesiones de manera no presencial cuando la presidencia de la Corporación, por acto motivado lo autorice en razón de alteraciones de orden público, intimidación o amenaza que impida que alguno de sus miembros concurra a su sede habitual. Hace ver que, en el reglamento interno del Concejo Municipal de Salamina, Caldas, establece como regla general la obligación de sesionar en el recinto señalado oficialmente para ese efecto, coincidiendo con la Ley 136 de 1994 en cuanto a las excepciones que permiten la no presencialidad.

Señala que el Concejal Jorge Iván Correa Ospina, quien hace parte de la Comisión Tercera de Presupuesto y Hacienda Pública, presentó excusa para sesionar de forma virtual durante el primer debate del proyecto de Acuerdo un día antes de realizarse la sesión en Comisión. Considera que el presidente de la Comisión y del cuerpo edilicio vulneraron el párrafo 3 del artículo 23 de la Ley 136 de 1994 así como el artículo 5 párrafo 2 del reglamento interno del concejo; normas que solamente permiten sesionar de forma no presencial, cuando por razones de orden público, intimidación o amenaza, no sea posible que alguno de sus miembros concurra a su sede habitual. De igual forma, se quebranta el artículo 66 inciso cuarto del Reglamento en mención, conforme al cual *“No se podrán realizar sesiones por fuera de la sede oficial del Concejo con el propósito de estudiar y aprobar proyectos de acuerdo.”*

Explica que las Resoluciones No. 027 y 028 de 2022 – al amparo de las cuales fue concedido el permiso al concejal para sesionar virtualmente - fueron expedidas con el fin de retornar a la *“presencialidad de las actividades normales - sesiones- del Concejo Municipal de Salamina, Caldas”* cuando aún permanecía el estado de emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, a fin de garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado; por ello, se dispuso que solamente se podía sesionar de manera mixta, cuando mediara justificación para ello y allegando el soporte pertinente a la presidencia del Concejo Municipal a más tardar dos días previos a la sesión. Sostiene que lo estipulado en las resoluciones referidas va en contravía de las normas legales vigentes, toda vez que en Colombia ya finalizó la emergencia sanitaria decretada mediante la Resolución Nro. 385 del 12 de marzo de 2020 *“Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”*, y el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social*

y Ecológica", razón por la cual cuestiona la permanencia de autorizaciones para sesionar de manera virtual cuando es claro que la emergencia terminó el 30 de junio de 2022, tal y como se dispuso en la Resolución No. 666 de 2022.

Se dice en la demanda que en este caso se debió acudir a los artículos 84 y 85 de Acuerdo Municipal Nro. 001 del 18 de febrero de 2019 - Reglamento Interno del Concejo - los cuales consagran la posibilidad de que un proyecto de acuerdo pueda ser objeto de votación por partes, de modo que sus artículos, o la enmienda o la proposición, sean sometidos a votación separadamente.

3. Contestación del municipio de Salamina, Caldas.

Se opone a la prosperidad de la petición realizada por el departamento de Caldas al estimar que la sanción realizada por el Alcalde municipal al Acuerdo N° 001 del 23 de enero de 2023, se hizo en desarrollo de la competencia establecida en el artículo 315 numeral 6 de la Constitución Política de Colombia y teniendo en cuenta que el acto no presentaba inconvenientes por razones de derecho y por considerarlo ajustado a la Constitución y la ley; fue así como se surtió la sanción y posteriormente se remitió a la revisión por parte del Gobernador de Caldas, quien en principio le dio visto bueno al Acuerdo pero finalmente resolvió enviarlo al Tribunal luego de recibir solicitud en tal sentido por uno de los concejales de la corporación edilicia, quien señaló como irregularidad en la formación del acto, la asistencia virtual al primer debate por parte de uno de los miembros de la comisión. /Archivo 007/

4. Contestación del Concejo Municipal de Salamina-Caldas.

Confirma que el Concejo Municipal de Salamina, Caldas, llevó a cabo primer debate del proyecto de acuerdo en cuestión, en sesión de Comisión Tercera de Presupuesto y Hacienda Pública del día 18 de enero de 2023, donde se obtuvieron 5 votos: 2 fueron negativos y 3 positivos; de los cuales le asiste razón a la parte accionante en indicar que uno de los votos positivos, el cual correspondió al concejal Jorge Iván Correa Ospina, se llevó a cabo a través de la virtualidad, por cuanto el mismo contaba con autorización por parte del presidente de la Corporación para sesionar de esta manera.

Para la calenda del 23 de enero de 2023, se realizó segundo debate ante la plenaria del Concejo Municipal de Salamina, Caldas, en donde fue aprobado el proyecto de acuerdo en revisión; razón por la cual fue remitido al Alcalde Municipal para continuar con el trámite correspondiente, siendo sancionado el 26 de enero de 2023 y remitido al gobernador para su revisión el día 27 de enero del mismo año.

El Departamento de Caldas demanda la invalidez del Acuerdo Municipal Nro. 001 del 23 de enero del 2023, del Concejo Municipal de Salamina, Caldas, como consecuencia de queja

elevada por el Concejal de Salamina Diego Carmona Llano, al considerar que el mismo vulnera la Constitución, la ley y el Reglamento Interno del Concejo Municipal, afectando su legalidad y validez. Lo anterior, argumentando que el voto en sesión de comisión del Concejal Jorge Iván Correa Ospina fue contrario a la normatividad legal vigente, al haberse dado de manera virtual.

Se muestra en desacuerdo con el cargo de invalidez planteado por el ente departamental pues a su juicio, el concejo tiene facultad para expedir su propio reglamento interno para su funcionamiento, el cual incluye normas referentes a las actuaciones de los concejales, la validez de las convocatorias y de las sesiones, entre otros. Destaca también que las decisiones que no requieran acuerdo, se adoptarán mediante Resoluciones y proposiciones que suscribirá la mesa directiva y el Secretario de la Corporación. (Ley 136 de 1994, artículos 31 y 83)

Precisado lo anterior, indica que para la vigencia 2020, la mesa directiva del Concejo Municipal de Salamina de la época, emitió la Resolución N° 030 del 28 de junio de 2020, "*POR LA CUAL SE AUTORIZAN Y REGULAN LAS SESIONES MIXTAS (PRESENCIALES Y NO PRESENCIALES EN MODALIDAD VIRTUAL) PARA EL TERCER PERIODO LEGAL DE SESIONES ORDINARIAS CORRESPONDIENTE AL MES DE AGOSTO DE 2020, EN VIRTUD A LAS CIRCUNSTANCIAS DE ORDEN PÚBLICO, SOCIAL Y DE SALUBRIDAD QUE VIVE EL MUNDO, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*". Lo anterior, con fundamento en la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Para el mes de abril del año 2022, a solicitud de la mesa directiva de la Corporación, la Dirección Local del Salud del municipio de Salamina llevó a cabo visita de verificación a las instalaciones del Concejo Municipal, informando que a la fecha en el municipio se tenía el 60,22% de población vacunada. De la misma manera, dicha autoridad de salud en el municipio certificó el "*(...) cumplimiento de las condiciones mínimas para la apertura de sesiones presenciales con concepto FAVORABLE para su iniciación, dando resultado de viabilidad a la solicitud bajo cumplimiento de las recomendaciones ya entregadas mediante el oficio PVSP 010/2022 del 13 de abril del presente año*"

Esta solicitud de verificación por parte de la Mesa Directiva y dirigida a la Dirección Local de Salud del Municipio de Salamina, se realizó debido a que la primera consideró que, para el mes de abril de 2022, se hacía necesario retornar a la presencialidad de las sesiones del Concejo Municipal; por lo cual previo concepto favorable de la segunda, se emitió la Resolución N° 027 del 20 de abril de 2022 "*POR MEDIO DE LA CUAL SE DISPONE EL RETORNO A LA PRESENCIALIDAD DE LAS SESIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL DE SALAMINA-CALDAS*".

Aclara en este punto que, pese a que para dicha fecha (20 de abril de 2022) aún no se había dado por culminada la emergencia sanitaria en Colombia, la Mesa Directiva consideró que se hacía necesario el retorno a las sesiones presenciales del Concejo Municipal de Salamina, dando cumplimiento al artículo 37 del Reglamento Interno que establece las funciones del presidente de dicha corporación edilicia y al artículo 5 ibidem en donde se dispone que la duma municipal sesionará en la cabecera municipal, en el recinto señalado oficialmente para tales

efectos; así mismo, atendiendo el criterio plasmado en la sentencia C-008-2003, en la cual se indicó por la Corte que las sesiones presenciales y en la sede oficial de cada Corporación son *"(...) la forma más expedita de garantizar el verdadero debate democrático en cuanto ofrece mayores facilidades para la deliberación, la participación de la comunidad en las respectivas sesiones y para el ejercicio del control político directo"*.

Explica que, dado lo anterior, se expidió la Resolución 027 del 20 de abril de 2022, que derogó la Resolución N° 030 de 2020, con excepción de los parámetros establecidos allí para la realización de las sesiones virtuales o mixtas, tal y como quedó establecido en su artículo primero.

Y mediante la Resolución 028 del 20 de abril de 2022, se modificó el artículo 1° de la Resolución No. 027, estableciendo que las sesiones del Concejo continuarán siendo presenciales por regla general y por excepción, virtuales y/o mixtas, pues aunque para esa data aún no había sido superada la emergencia sanitaria por Covid 19 a nivel nacional, se concluyó que a nivel local sí se había superado la etapa más crítica y por lo tanto, la Corporación debía retornar a sus labores de manera normal, esto es, mediante la presencialidad como regla general y excepcionalmente de manera virtual y/o mixta.

Indica que con fundamento en la autonomía de los Concejos Municipales para reglamentar su funcionamiento y la facultad otorgada a la Mesa Directiva para adoptar decisiones mediante resoluciones, se encontró pertinente considerar la posibilidad de que, en casos excepcionales y previa autorización del presidente del Concejo Municipal, los concejales pudieran solicitar sesionar de manera mixta (es decir, asistir a la sesión de manera virtual), lo cual quedó establecido en el artículo 6 de la Resolución No. 027 de 2022, modificada por la Resolución No. 028 del mismo año; las cuales, recalca, gozan de presunción de legalidad y se encontraban vigentes a la fecha de realización del primer debate en comisión, esto es, al 18 de enero de 2023; todo lo cual se traduce en que el concejal Jorge Iván Correa Ospina, al estar autorizado por el presidente del Concejo para sesionar de manera virtual, se encontraba facultado para votar en primer debate el proyecto de acuerdo sub examine, voto que goza de plena validez. /Archivo 008/

II. Consideraciones de la Sala

El control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que, en el caso que ocupa la atención de la Sala, tiene lugar por solicitud del Gobernador del Departamento elevada ante el Tribunal Administrativo de Caldas, con arreglo a lo señalado en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, respecto de los motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad planteados en el escrito remitido.

El trámite que debe surtir en sede administrativa, corresponde al dispuesto en el artículo

82 de la Ley 136 de 1994:

“Artículo 82°.- *Revisión por parte del Gobernador. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución. La revisión no suspende los efectos de los acuerdos.”*

A su vez, el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política precisa:

“ARTICULO 305. *Son atribuciones del gobernador:*

(...)

10. 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.”

Entre tanto, el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 establece lo siguiente:

“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.

A su vez, el artículo 120 del Decreto 1333 de 1986 dispone:

“Artículo 12. *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”.*

En el memorial remisorio se sostiene que el Concejo Municipal de Salamina – Caldas, profirió el Acuerdo Nro. 001 del 23 de enero de 2023 *“Por medio del cual se modifica el Decreto Nro. 158 del 28 de diciembre de 2022, que liquida el presupuesto a ejecutar en la vigencia fiscal 2023”, con el fin de efectuar adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 y se modifican nuevas intervenciones de infraestructura vial según Acuerdo Nro 02 del 30 de mayo de 2022”.*

Dicho Acuerdo fue sancionado por el señor Juan Pablo Ospina Rosas, en calidad de Alcalde del Municipio de Salamina– Caldas y radicado el 27 de enero de 2023 en la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas para su respectiva revisión por parte del señor Gobernador en desarrollo de la competencia establecida en artículo 305 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia

Mediante auto del 31 de mayo de 2023 se abre el proceso a pruebas y surtida dicha etapa procesal, regresa al Despacho el 20 de junio de 2023 para dictar sentencia.

Así pues, previo agotamiento de las etapas procesales establecidas en el artículo 121 *ibidem*¹, se pone fin al trámite de control, mediante sentencia que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados y contra la cual no procede ningún recurso.

Procede entonces esta Sala Plural a decidir la solicitud de pronunciamiento sobre la Validez del Acuerdo Municipal ya referenciado.

1. Acervo Probatorio

De las pruebas que obran en el expediente se resaltan las siguientes, por ser de vital importancia en el estudio que se hace del asunto:

- Acuerdo Nro. 001 del 23 de enero de 2023 *"Por medio del cual se modifica el Decreto Nro. 158 del 28 de diciembre de 2022, que liquida el presupuesto a ejecutar en la vigencia fiscal 2023", con el fin de efectuar adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 y se modifican nuevas intervenciones de infraestructura vial según Acuerdo Nro 02 del 30 de mayo de 2022"*. (fls. 31 a 36 del Archivo 002)

- Certificación suscrita por el Secretario del Concejo Municipal de Salamina-Caldas, en donde se aduce que el primer debate se realizó el 18 de enero de 2023 y segundo debate el 23 de enero de 2023. (fl. 37 del Archivo 002).

- Sanción del Acuerdo No. 001 del 23 de enero de 2023, por parte del Alcalde del municipio de Salamina – Caldas. (fl. 38, Archivo 002)

- Documento suscrito por el Concejal Diego Carmona Llano, mediante el cual pone en conocimiento del Gobernador de Caldas una irregularidad en la gestación del Acuerdo sub iudice, por incumplimiento del quorum en el primer debate del proyecto, en razón a la indebida participación por medio virtual de uno de los integrantes de la comisión. (fl. 45 del Archivo 002)

¹ **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."

- Remisión del Acuerdo para revisión del Tribunal Administrativo de Caldas, con copia al Alcalde Municipal de Salamina – Caldas, al Presidente del Concejo Municipal de Salamina – Caldas y al Personero municipal de Salamina – Caldas. (fls. 79 a 81 del Archivo 002)
- Acta 001 Sesión de Comisión Tercera de Presupuesto y Hacienda Pública llevada a cabo el 18 de enero de 2023. (fls. 57 a 68 del Archivo 002)}
- Solicitud para sesionar virtualmente, suscrita por el Concejal Jorge Iván Correa Ospina, radicada el 18 de enero de 2023 ante el Concejo Municipal de Salamina – Caldas. (fl. 69 del Archivo 002) Y soporte de cita por medicina general, aportada por dicho concejal como soporte de la solicitud. (fl. 70, ibidem)
- Resolución No. 027 de 2022 *“Por medio de la cual se dispone el retorno a la presencialidad de las sesiones del Concejo del Municipio de Salamina – Caldas”*. (fls. 73 a 78, Archivo 002)
- Resolución No. 028 de 2022 *“Por medio de la cual se modifica la Resolución No. 027 de 2022”* (fls. 71 a 72, Archivo 002)
- Reglamento Interno del Concejo Municipal de Salamina, Caldas – Acuerdo 001 del 18 de febrero de 2019 -. (fls. 92 a 147 del Archivo 002)

2. Problemas Jurídicos

- 2.1.** ¿De conformidad con la Constitución, la ley y el Reglamento Interno, puede una Corporación Edilicia sesionar de manera virtual o mixta (presencial y virtual) para la aprobación de los proyectos de Acuerdo?
- 2.2.** ¿Podía el Presidente del Concejo Municipal de Salamina - Caldas autorizar a uno de los miembros de dicha Corporación para asistir de manera virtual al primer debate del proyecto de Acuerdo sub examine con base en Resoluciones expedidas por su Mesa Directiva y el Secretario durante la emergencia sanitaria por la pandemia de Covid 19?
- 2.3.** ¿La irregularidad planteada por el Gobernador de Caldas invalida el Acuerdo en cuestión?

A efectos de resolver lo pertinente, se abordarán los siguientes ítems: i) Requisitos de validez de los actos administrativos y, concretamente, de los acuerdos municipales; ii) Competencias constitucionales y legales de los Concejos Municipales y del Alcalde municipal; iii) Análisis del caso concreto.

3. Requisitos de validez de los actos administrativos.

Los acuerdos municipales se erigen como uno de los medios a través de los cuales los concejos adoptan las decisiones a su cargo. Su naturaleza jurídica es la de ser **actos administrativos**.

De conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 71 y siguientes de la ley 136 de 2 de junio de 1994², la expedición de un acuerdo municipal constituye un trámite administrativo complejo en el que deben agotarse varias etapas y concurren distintas autoridades (iniciativa, debate(s), sanción del Alcalde y publicación).

Como en la expedición de un acuerdo municipal concurren distintas autoridades (concejo y alcalde, en el caso bajo examen), este acto administrativo ha sido calificado como complejo³.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁴, agregando que, en materia de actos administrativos complejos, la validez de este tipo de decisiones está sometida a la concurrencia de las voluntades que participan en su conformación: “... *si no confluyen tales manifestaciones de voluntad, el acto no surge a la vida jurídica y, por ende, no puede válidamente producir efectos en derecho, ni crear situaciones jurídicas particulares y concretas*”⁵.

La doctrina⁶ se ha referido al tema así:

“Si bien todos los requisitos se pueden subsumir en uno genérico como es el de legalidad, entendida en el más amplio sentido, atendiendo las particularidades técnico – jurídicas de los matices que tiene la legalidad respecto de los actos administrativos, tales requisitos son los siguientes, de acuerdo con la tendencia actual del derecho público y el desarrollo jurisprudencial del tema:

- **CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN**
- **LEGALIDAD SUSTANCIAL**
- **COMPETENCIA U ÓRGANO COMPETENTE**
- **REAL Y ADECUADA MOTIVACIÓN**
- **OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES**
- **FIN LEGÍTIMO**
- **PROPORCIONALIDAD DE LA DECISIÓN”**

²Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

³Lo característico del acto complejo es que la declaración de voluntad administrativa se forma mediante la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquella.

⁴Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 7 de diciembre de 2011. Radicación: 68001-23-15-000-2002-00630-01 (1571-08)

⁵Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil No. 1.719 de 20 de abril de 2006, M. P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁶Berrocal Guerrero Luis Enrique, “Manual del Acto Administrativo”, Editorial ABC, 5ª edición, Bogotá D.C., 2009, pág. 109 y siguientes.

Ahora bien, en el sub examen conviene centrar la atención en los elementos de validez de los actos administrativos referidos a la “conformidad con la Constitución”, “legalidad sustancial” y “Observancia de las formalidades”.

Sobre el primer ítem, la obra doctrinal antes citada⁷ ha indicado que:

“Como resultado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y con fundamento en el artículo 4° de la Constitución de 1991, la primera prueba de validez que un acto administrativo debe sortear es el de su conformidad o armonía con ésta, en tanto además de ser la norma fundamental es la norma de normas, la primera norma que vincula a todos los órganos y autoridades del Estado, y que por lo mismo tiene vocación de aplicación directa, según el postulado esencial del Constitucionalismo, entendida como corriente de la teoría del derecho.

De suerte que en determinados casos es factible dejar de lado las normas pertinentes, superiores al acto administrativo (legales y reglamentarias), que se interpongan entre él y la norma suprema, confrontar uno y otra de manera directa, y que de ello resulte la inaplicación, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, cuando se trata de actos distintos de los actos administrativos particulares; o la nulidad, sólo en sede jurisdiccional, de dicho acto.”

En cuanto al segundo requisito de validez, la misma obra indica:

“Es la adecuación o conformidad que todo acto administrativo debe tener con las normas sustanciales, tanto legales como reglamentarias, que les son inmediatamente superiores dentro de la materia o el asunto que en él se trate, es decir, relacionadas o pertinentes con el objeto del mismo. Es la armonía o compatibilidad que el acto administrativo debe guardar con el ordenamiento jurídico especial al cual pertenece (también llamado bloque normativo del acto).

Todo acto administrativo, en cuanto disposición o norma jurídica, está sujeto a reglas de creación, tanto materiales (normas sustanciales) como de procedimiento, de donde, sea cual fuere la clase a que pertenezca, significa, primero, un acto de aplicación o desarrollo de una o de varias normas sustanciales de derecho, y, en segundo lugar, uno de creación de otra norma de derecho, de modo que la legalidad sustancial impone que el contenido de esta nueva norma así creada debe estar dentro de los límites materiales de la norma o normas aplicadas, es decir, de la respectiva regla material de creación, sin que implique que el acto administrativo deba ser reproducción de la misma. Por ejemplo, si un acto administrativo contiene una decisión sobre una solicitud de pensión de un servidor público, su legalidad sustancial significa que debe estar acorde con las normas que regulan el derecho a la pensión solicitada.”

Y en relación con la “Observancia de las formalidades” el autor ya referenciado expone:

Se refiere al respeto o cumplimiento de las formalidades, denominadas por la doctrina y la jurisprudencia, sustanciales, es decir, los pasos y/o requisitos previstos en la ley o el reglamento para la formación del acto administrativo,

⁷Ibidem, Págs. 110 a 112.

la estructuración de su contenido, así como para su instrumentación, es decir, de cómo ha de oficializarse, de objetivarse o de hacerse perceptible. Estas formalidades vienen a constituir el debido proceso respecto de cada acto administrativo. En razón a que no hay una forma única de producir y estructurar un acto administrativo, sino que son tantas como clases de acto administrativo existen, las formalidades varían de uno a otro, de suerte que no es de recibo exigir, porque sí, para unos el cumplimiento de las formalidades que están previstas para otros.

Algunas formalidades de las que comprenden, entre otras, las llamadas garantías procesales, como el derecho de defensa, de audiencia, de interponer recursos, etc., es decir, las que integran el núcleo esencial del debido proceso, no necesariamente tienen que predicarse de todos los actos administrativos.

Estas han de estar presentes ante todo en la expedición de actos que afecten de manera directa y concreta derechos e intereses particulares y que por lo tanto resulten de un procedimiento administrativo; mientras que usualmente no se contemplan en relación con actos administrativos discrecionales. generales o reglamentarios, ni para la adopción de aquellos que por razones de orden público, seguridad, salubridad, etc., exigen una ejecución inmediata. Las formalidades a atender son entonces las que se señalan en la regulación del respectivo acto administrativo cuando hay ley especial que lo regula, o las previstas en la primera parte del C.C.A. si no la hay, y teniendo en cuenta siempre la clase del acto administrativo de que se trate.

Ahora: la validez de los Acuerdos Municipales está supeditada al cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales que orientan su expedición; así se desprende de la Ley 1333 de 1986⁸, que al respecto señala:

Artículo 123°.- Son nulos los acuerdos expedidos en contravención a las disposiciones de la Constitución, de las leyes o de las ordenanzas. /Líneas de la Sala/

Los demás son válidos, aunque puedan ser tachados, con justicia, de inconvenientes.

Artículo 126°.- Para todo lo relativo a la nulidad de los acuerdos se estará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo (Decreto - Ley 01 de 1984).

Artículo 127°.- Aprobado un proyecto o resolución cualquiera, puede ser reconsiderado y modificado, pero no se pueden revocar nombramientos ya comunicados, y cuando se trate de un acuerdo la revocación tiene que ser por medio de otro.

La conformidad con el ordenamiento jurídico de un Acuerdo Municipal, también se refiere a la observancia del trámite para su expedición: debates, sanción y publicación; de ahí que el incumplimiento de la norma que regula alguno de estas etapas o actuaciones, comporta la nulidad (O INVALIDEZ) del mismo.

⁸Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.

4. Competencias constitucionales y legales de los Concejos Municipales.

Al respecto sea lo primero indicar que, ciertamente, *“las funciones del concejo están asignadas, por principio, en la Constitución Política y en la ley. Sin embargo, no es sencillo conocer en detalle el conjunto de atribuciones de la corporación, pues ellas están contempladas en diferentes principios constitucionales y en leyes de diferente naturaleza...”*⁹. No obstante, el marco normativo que aquí se ha de tomar en cuenta es, en criterio de la Sala de Decisión, suficiente para despejar los problemas jurídicos que se plantean en el sub-estudio.

El artículo 313 de la Constitución Política establece las funciones a cargo de los Concejos Municipales, entre las cuales están las siguientes:

ARTICULO 313. *Corresponde a los concejos:*

...

5. *Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.*

Así mismo, la Ley 1551 de 2012 *“Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”* establece:

ARTÍCULO 18. *El artículo 32 de la Ley 136 de 1994 quedará así:*

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

(...)

9. *Dictar las normas de presupuesto y **expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos**, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, teniendo especial atención con los planes de desarrollo de los organismos de acción comunal definidos en el presupuesto participativo y de conformidad con las normas orgánicas de planeación. /Resaltado fuera del texto original/*

Así mismo, conviene hacer referencia a la facultad que tiene el Concejo para expedir su propio reglamento interno, tal y como lo dispone el artículo 31 de la Ley 136 de 1994⁹:

Artículo 31. *Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones.*

⁹Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.

5. Caso concreto.

Teniendo en cuenta que el cargo planteado por el departamento de Caldas atañe a un vicio en la formación del Acuerdo No. 001 del 23 de enero de 2023 y no propiamente a la materia que por medio del mismo se regula - adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 -, se debe entonces acudir al contenido de la Ley 136 de 1994, por medio de la cual se dictan normas sobre el funcionamiento de los municipios y con éstos, de las Corporaciones Edilicias que, mediante sesiones ordinarias y extraordinarias, se ocupan de debatir los asuntos a ellas asignados por mandato constitucional y legal.

Es así como, el artículo 23 ibidem, en punto al periodo de sesiones y la forma en que las mismas deben tener lugar, dispone:

Artículo 23. Los concejos de los municipios clasificados en categorías Especial, Primera y Segunda, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio y máximo una vez por día, seis meses al año, en sesiones ordinarias así:

a) El primer periodo será en el primer año de sesiones, del dos de enero posterior a su elección, al último día del mes de febrero del respectivo año.

El Segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el primero de marzo y el treinta de abril;

b) El Segundo período será del primero de junio al último día de julio;

c) El tercer período será del primero de octubre al treinta de noviembre, con el objetivo prioritario de estudiar, aprobar o improbar el presupuesto municipal.

Los concejos de los municipios clasificados en las demás categorías, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio, cuatro meses al año y máximo una vez (1) por día así: febrero, mayo, agosto y noviembre.

Si por cualquier causa los concejos no pudieran reunirse ordinariamente en las fechas indicadas, lo harán tan pronto como fuere posible, dentro del período correspondiente.

PARÁGRAFO 1o. Cada período ordinario podrá ser prorrogado por diez días calendario más, a voluntad del respectivo Concejo.

PARÁGRAFO 2o. Los alcaldes podrán convocarlos a sesiones extraordinarias en oportunidades diferentes, para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que se sometan a su consideración.

PARÁGRAFO 3o. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la Presidencia de la Corporación, por acto motivado declare que, por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que algunos miembros de los Concejos Municipales y Distritales concurren a su sede habitual, podrán participar de las sesiones de manera no presencial.

Para tal fin, los miembros del Concejo podrán deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva, utilizando para el efecto los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones tales como fax, teléfono, teleconferencia, videoconferencia, Internet, conferencia virtual y todos aquellos medios que se encuentren al alcance de los Concejales.

En caso de existir comisiones permanentes, se podrán adelantar las sesiones en los mismos términos establecidos en el presente artículo.

Los mismos medios podrán emplearse con el fin de escuchar a quienes deseen rendir declaraciones verbales o escritas sobre hechos o temas que requieran ser debatidos, o puedan aportar información o elementos de juicio útiles para las decisiones de los Concejos Municipales y Distritales.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

<Inciso adicionado por el artículo 15 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Cada Concejo deberá expedir un acto administrativo que especifique los requisitos que debe cumplir para el uso de estos medios. El personero servirá como veedor y verificará el uso proporcional, justificado y adecuado de los medios tecnológicos. Los actos administrativos que autoricen la concurrencia de algún concejal a las sesiones de manera no presencial, deberán ser comunicados al personero dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición. /rft/

Artículo 24. *<Ver Notas de Vigencia> Toda reunión de miembros del Concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes.*

En consonancia con lo anterior, el Acuerdo Municipal 001 del 18 de febrero de 2019 "Por medio del cual se deroga el Acuerdo Número 005 10 de junio de 2013 y se determina el nuevo Reglamento Interno del Concejo Municipal de Salamina-Caldas", establece en sus artículos 5, párrafo 2; 7; 66, inciso 4, lo siguiente:

Artículo 5.- Sede: *El Concejo sesionará en la cabecera municipal, en el recinto señalado oficialmente para tal efecto; ordinariamente por derecho propio, durante los períodos señalados por la ley y extraordinariamente por convocatoria del alcalde.*

[...]

Parágrafo 2º: *De conformidad con el Artículo 2º de la Ley 1148 de 2.007–en concordancia con el decreto No. 2255 de 2002.- Cuando la Presidencia de la Corporación, por acto motivado declare que, por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que uno o varios miembros del Concejo Municipal concurren a su sede habitual, podrán participar de las sesiones de manera no presencial o fuera de la sede. /rft/*

Para tal fin, los miembros del Concejo podrán deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva, utilizando para el efecto los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones tales como fax, teléfono, teleconferencia, videoconferencia, Internet, conferencia virtual y todos aquellos medios que se encuentren al alcance de los concejales.

En caso de existir comisiones permanentes, se podrán adelantar las sesiones en los mismos términos establecidos en el presente artículo.

Los mismos medios podrán emplearse con el fin de escuchar a quienes deseen rendir declaraciones verbales o escritas sobre hechos o temas que requieran ser debatidos, o puedan aportar información o elementos de juicio útiles para las decisiones del Concejo.

Artículo 7: [...]

Las reuniones que se realicen con desconocimiento de las disposiciones legales y reglamentarias serán inválidas y las decisiones que allí se tomen serán ilegales e ineficaces. Los concejales que participen en sesiones que controviertan las anteriores disposiciones incurrirán en falta disciplinaria sancionable por el organismo correspondiente.

Artículo 66: [...]

No se podrán realizar sesiones por fuera de la sede oficial del Concejo con el propósito de estudiar y aprobar proyectos de acuerdo.

Dicho marco normativo plantea una regla general, en virtud de la cual, el funcionamiento de este tipo de cuerpos colegiados de elección popular se rige por la presencialidad, planteando solamente tres escenarios en los cuales se exceptúa la aplicación de tal regla, esto es, cuando por razones de i) orden público, ii) intimidación o iii) amenaza, no sea posible que uno o varios miembros del Concejo Municipal concurren a su sede habitual.

La Corte Constitucional, al declarar la inexequibilidad del artículo 12 del Decreto 491 de 2020, por haber reprobado el juicio de necesidad jurídica¹⁰, explicó lo siguiente mediante sentencia C-242 de 2020:

“6.319. Finalmente, la Sala considera que la posibilidad de sesionar virtualmente no es contraria a la Constitución en circunstancias excepcionales como la presente, aunque sigue vigente la regla general de que el funcionamiento del Congreso y de las demás corporaciones públicas de elección popular se rige por la presencialidad. Ello por cuanto esta regla es el mecanismo más adecuado para dar cabida a una democracia vigorosa mediante la posibilidad de un debate intenso, de una participación activa y libre y de la expresión de todas las corrientes de opinión en

¹⁰ 6.299. Uno de los propósitos del Decreto Legislativo 491 de 2020 se encamina a asegurar que, durante la emergencia sanitaria que declaró el Gobierno nacional con ocasión del COVID-19, las autoridades colegiadas puedan atender y prestar los servicios que la Constitución y la ley les encomiendan. Para tal efecto, el Artículo 12 del decreto en examen autorizó a los cuerpos colegiados del Estado (órganos, corporaciones, salas, juntas o consejos colegiados, de todas las ramas del poder público y en todos los órdenes territoriales) para que, mientras dure la mencionada emergencia sanitaria, sesionen de manera no presencial a través de cualquier medio que les permita a sus integrantes “deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva.” 6.300.

A juicio de la Sala, en las actuales circunstancias impuestas por la pandemia, sí parece indispensable y por ello fácticamente necesaria, una regla que abra la puerta para que los órganos colegiados del Estado, excepcionalmente, acudan a la virtualidad. No obstante, en cuanto dicha regla ya existe en el ordenamiento jurídico, para la Corte no resulta jurídicamente necesario que para la convocatoria de dichos órganos a sesiones no presenciales el Ejecutivo los autorice mediante decreto legislativo. Justamente, la Sala verifica que el ordenamiento jurídico ordinario ya prevé normas dirigidas a ello, o faculta a los mencionados órganos para que produzcan las medidas que se requieran para ello, de conformidad con los respectivos reglamentos. (...)

6.302. Por lo expuesto en precedencia, la Sala conviene en declarar la inexequibilidad del Artículo 12 del Decreto Legislativo 491 de 2020 por haber reprobado el juicio de necesidad jurídica, también denominado juicio de subsidiariedad.

circunstancias de mayor facilidad. Como dijera la Corte en Sentencia C-008 de 2003[332], las sesiones presenciales y en la sede oficial de cada corporación son “la forma más expedita de garantizar el verdadero debate democrático en cuanto ofrece mayores facilidades para la deliberación, la participación de la comunidad en las respectivas sesiones y para el ejercicio del control político directo” [333]. En este sentido, impedir la presencialidad en las sesiones de los órganos colegiados del Estado en tiempos de pandemia no es posible. Incluso el grado de presencialidad se hace más exigible dependiendo del peso de las decisiones por adoptar (v.gr. actos legislativos, leyes estatutarias, normas tributarias, normas penales, etc.). **Así las cosas, se impone decir que la virtualidad es ultima ratio, esto es, una forma de deliberación subsidiaria y excepcional.**

6.320. La vigencia de esta regla general de la presencialidad, incluso en condiciones de excepcionalidad sanitaria como la originada por el COVID-19, implica que es inconstitucional una disposición que impida la asistencia física a las sesiones de los órganos colegiados del Estado. Por supuesto, es razonable que excepcionalmente se acuda a la virtualidad para asegurar el permanente funcionamiento de la democracia, aun con el déficit que estas tecnologías muestran frente al mejor camino de la presencialidad para una corporación tan numerosa y diversa como lo es el Congreso de la República; sin embargo, en tal caso es necesario que se garantice que aquellos miembros que así lo consideren, bajo medidas de seguridad sanitarias, puedan asistir a los sitios de deliberación ordinarios para el ejercicio de sus funciones.

6.321. Como bien se señala arriba (supra numeral 6.303. y siguientes), **especialmente en las corporaciones públicas de elección popular, la presencialidad es la regla general y las reuniones no presenciales o mixtas, esto es, la virtualidad para el cumplimiento de las funciones del Congreso, asambleas y concejos es la excepción, en respeto del principio democrático, el pluralismo político y la protección de las minorías.** Por ello mismo, durante la emergencia sanitaria las sesiones no presenciales no pueden convertirse de facto en una regla general, sino que debe propiciarse que, en la medida de lo razonable y gradualmente, pero a la mayor brevedad posible, se retorne a la presencialidad total. En todo caso, las sesiones no presenciales o mixtas deben permitir la expresión libre de los congresistas que acuden virtualmente. Quienes conducen estas reuniones deberán hacer un uso apropiado de la tecnología, absteniéndose de usarla para bloquear la posibilidad de intervenir oralmente, para restringir la posibilidad de ser visto virtualmente, para dificultar el voto, o para cualquier otra actuación que dificulte la participación, la expresión, el debate y la votación. Así, el Congreso de la República y las demás corporaciones públicas de elección popular directa deben darle prioridad a las sesiones presenciales sobre las virtuales en la medida en que las condiciones de bioseguridad lo permitan y para ello debe agotar todos los medios a su alcance.”/rft/

De lo expuesto en precedencia se colige que:

- i) La presencialidad es la regla general que se impone para llevar a cabo las sesiones en las cuales se debate y aprueban los proyectos de Acuerdo al interior de los Concejos Municipales.
- ii) Tanto en la Ley 136 de 1994 como en el Reglamento Interno del Concejo del municipio de Salamina – Caldas se plantea como excepción a dicha regla general, la no presencialidad por razones de orden público, intimidación o amenaza, que hagan imposible que uno o varios miembros del Concejo Municipal concurren a su sede habitual.

iii) En principio, toda reunión de miembros del Concejo que, con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno.

iv) El incumplimiento de las formas propias para la creación de los Acuerdos, no son simples irregularidades; son un vicio de trámite con la entidad suficiente para generar la invalidez de un acto cuya formación debe garantizar los principios constitucionales que subyacen al sistema democrático.

v) Las limitaciones impuestas por la pandemia, hicieron indispensable y por ello fácticamente necesaria, la reglamentación en relación con la modalidad de asistencia a las sesiones y debates por parte de los miembros de las Corporaciones Edilicias, abriéndose paso entonces a la asistencia virtual y mixta.

vi) Debido a lo anterior, mediante Resolución No. 030 del 28 de julio de 2020, el Concejo Municipal de Salamina - Caldas, en ejercicio de sus atribuciones legales, resolvió *"Autorizar y regular las sesiones de la Plenaria y de las comisiones del Concejo Municipal de Salamina-Caldas, dentro de las cuales los concejales podrán participar de manera mixta (Presencial y No presencial mediante la modalidad virtual), con el fin de ejercer sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias y en virtud al riesgo y la amenaza de la pandemia COVID-19 y hasta tanto permanezca la emergencia sanitaria, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución"*.

Posteriormente, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina – Caldas, expidió la Resolución No. 027 del 20 de abril de 2022 *"Por medio de la cual se dispone el retorno a la presencialidad de las sesiones del Concejo Municipal de Salamina – Caldas"*, considerando, entre otros, lo siguiente:

"Que luego de realizada visita de verificación a las instalaciones del Concejo Municipal el día 13 de abril de 2022, la Dirección Local de Salud certificó el "(...) cumplimiento de las condiciones mínimas para la apertura de sesiones presenciales con concepto FAVORABLE para su iniciación, dando el resultado de viabilidad a la solicitud bajo cumplimiento de las recomendaciones ya entregadas mediante el oficio PVSP 010/2022 del 13 de abril del presente año"

"9. Que la Ley 136 de 1994 en su artículo 31 establece: "Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones"

"10. Que, a su vez, el artículo 83 ibidem, establece: "Las decisiones del Concejo, que no requieran acuerdo se adoptarán mediante resoluciones y proposiciones que suscribirán la mesa directiva y el secretario de la Corporación".

[...]

"14. Que, en adelante, las sesiones del Concejo Municipal de Salamina

continuarán siendo solo presenciales y por excepción virtuales y/o mixtas. En cuanto a los parámetros establecidos para cada una de estas sesiones seguirán vigentes los contemplados en la Resolución No. 030 del 28 de Julio de 2020.

“15. Que, con el fin de proporcionar mecanismos y medidas para la recuperación de la normalidad presencial, el Concejo Municipal de Salamina Caldas,”

En consideración a lo anterior, resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: *Establecer que, las sesiones del Concejo Municipal de Salamina-Caldas, a partir de la expedición de la presente resolución, continuarán siendo presenciales por regla general y por excepción virtuales y/o mixtas. En tratándose de los parámetros establecidos para la realización de las sesiones virtuales y/o mixtas, seguirán vigentes los contemplados en la Resolución No. 030 del 28 de julio de 2020.*

ARTICULO SEGUNDO: *En todas las sesiones y reuniones del Concejo Municipal de Salamina Caldas, se dará estricto cumplimiento a las medidas sanitarias recomendadas por la Dirección Local de Salud mediante el oficio PVSP 010/2022 del 13 de abril del presente año, agregando que, el incumplimiento de las mismas y las consecuencias que de ello deriven será responsabilidad de cada concejal y/o ciudadano.*

ARTÍCULO TERCERO: *Las sesiones presenciales se llevarán a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley y el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Salamina, Caldas.*

ARTÍCULO CUARTO: *Cuando se presente inasistencia a las sesiones que obedezca a motivos de salud particular, se deberán presentar los respectivos soportes de la EPS y en caso de diagnóstico por COVID-19, deberá presentar la prueba positiva dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la manifestación de inasistencia y a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes el certificado de incapacidad médica. /rft/*

ARTÍCULO QUINTO: *Cuando se presente un caso de fuerza mayor o caso fortuito que impida la asistencia de un Honorable Concejal a las sesiones y comisiones, deberá soportarse a la mesa directiva del Concejo Municipal de Salamina, a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes.*

ARTÍCULO SEXTO: *Podrá solicitarse de manera excepcional sesionar de manera mixta, tanto en las sesiones de comisión como plenaria, siempre y cuando medie justificación para ello, la cual deberá ser allegada a la presidencia del Concejo Municipal a más tardar dos (02) días previos a la sesión a la cual asistirá en dicha modalidad, so pena de rechazo, con el fin de que la Secretaría General de la Corporación tome las acciones necesarias para ello. Será responsabilidad del Corporado contar con las condiciones tecnológicas para asistir a la sesión de manera virtual.*

PARÁGRAFO: *La no aceptación de la justificación, deberá ser informada por lo menos de veinticuatro (24) horas antes de la sesión, so pena de aceptación tácita de la causal. /fls. 73 a 78, Archivo 002/*
...

El artículo primero de la anterior resolución fue modificado mediante la Resolución No. 028 de 2022 en el sentido de ampliar el término de entrada en vigencia de aquella, para lo cual se fijó como fecha el 1° de mayo de 2022. /Fls. 71 a 72, Archivo 002/

vii) Las Resoluciones antes referidas fueron expedidas para enfrentar una situación

extraordinaria que sobrevino con posterioridad a la Ley 136 de 1994 y al mismo Reglamento Interno del Concejo Municipal de Salamina, en donde no se tenía previsto como excepción a la presencialidad, este tipo de emergencia sanitaria.

Y aunque la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional se extendió solo hasta el 30 de junio de 2022 según Resolución No. 666 de 2022, ello no implica que hayan perdido razón de ser las medidas de prevención y control frente a la propagación del virus, que propenden por el autocuidado y bioseguridad en recintos cerrados donde se reúne un número plural de personas, como es el caso de la instalación donde oficialmente se reúne la corporación edilicia sub iudice. De hecho, en la resolución prementada, se establece en su artículo 2° lo siguiente:

“Con el objeto de prevenir y controlar la propagación de la COVID- 19 en el territorio nacional y mitigar sus efectos, se deberán adoptar las siguientes medidas:

2.1. *La ciudadanía deberá mantener las medidas de autocuidado y de bioseguridad establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

2.2. *Las autoridades departamentales, distritales y municipales, en coordinación con las entidades responsables del aseguramiento y los administradores de los regímenes Especial y de Excepción, así como las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, deben brindar información adecuada, transparente y veraz basada en la evidencia científica, sobre el proceso de vacunación para lograr mayor adherencia, y cobertura en la población y desarrollarán estrategias que permitan acelerar el ritmo de la vacunación contra el COVID-19, de acuerdo con las directrices que emita este Ministerio.*

2.3. *Las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud deben realizar demanda inducida para ubicar a las personas que no han accedido a la vacuna y al refuerzo contra el COVID-19, para agendarlas y aplicarles la vacuna, con especial énfasis en las mayores de 50 años y en aquellas que tienen comorbilidades.*

2.4. *Las entidades promotoras de salud, las entidades territoriales y las instituciones prestadoras de servicios de salud, en el marco de sus competencias, deben fortalecer la comunicación y educación en los ciudadanos para el manejo y prevención de la COVID-19.*

2.5. *Las entidades responsables del aseguramiento y sus redes de prestadores de servicios de salud garantizarán la atención en salud de la población afiliada.*

2.6. *Las entidades territoriales departamentales, distritales y municipales adoptarán las medidas sanitarias que se requieren para la protección de la comunidad, de acuerdo con el comportamiento epidemiológico de la pandemia de la COVID-19.*

2.7. *Las estaciones de radiodifusión sonora, los operadores o programadores del servicio de televisión y demás medios de comunicación masiva difundirán gratuitamente la situación sanitaria, las medidas de protección para la población y la importancia de la vacunación, de acuerdo con la información que sea suministrada por este Ministerio, en horarios o franjas de alta audiencia y conforme con los lineamientos del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

2.8. *Corresponde a las autoridades departamentales, municipales y distritales en el desarrollo de los Puestos de Mando Unificado -PMU- para el seguimiento y control de la epidemia, monitorear, en lo de su competencia, como mínimo:*

a. Las coberturas de vacunación contra la Covid-19 y las actividades definidas en los planes de acción territoriales, de acuerdo con los lineamientos definidos por este Ministerio.

b. La implementación de la estrategia de vigilancia con base comunitaria que garantice la información y educación a los ciudadanos con relación a la prevención contra la COVID-19;

c. El fortalecimiento de las acciones de la salud pública y vigilancia epidemiológica.

d. Mantener la capacidad de la red hospitalaria de acuerdo con la situación

e. La adopción de programas de protección a los grupos de mayor riesgo de complicaciones asociadas a SARS-CoV-2 y de mayor riesgo de contagio;

f. El fortalecimiento de estrategias para la comunicación del riesgo;

g. La articulación de las autoridades que tienen a cargo el manejo, control y mitigación de la epidemia.

PARÁGRAFO. *Estas medidas son de inmediata ejecución, tienen carácter preventivo, obligatorio y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar."*

Debe decirse entonces que, la Resolución No. 027 del 20 de abril de 2022, modificada parcialmente por la Resolución No. 028 del mismo año goza de presunción de legalidad y continúa siendo un referente normativo que le permite a la duma municipal de Salamina llevar a cabo las sesiones de manera presencial por regla general y por excepción de manera virtual y/o mixta; ello, en consideración a los parámetros contemplados en la Resolución No. 030 del 28 de julio de 2020 aún vigentes.

viii) Puede colegirse entonces que, la autorización conferida al concejal Jorge Iván Correa Ospina para sesionar de forma virtual durante el primer debate del proyecto de acuerdo sub examine, encuentra fundamento en las resoluciones No. 027 y 028 del 2022, vigentes en el momento en que aquel presentó solicitud para sesionar virtualmente acompañada de la excusa médica que le impedía acudir presencialmente a la referida sesión.

De la excusa, el soporte documental de la misma y su aceptación por parte de la Corporación Edilicia, da cuenta la prueba aportada al expediente, entre la cual se encuentra el Acta de Primer Debate en donde se deja expresa constancia que el edil sesionó por medio virtual.

ix) En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se niega la pretensión de declaratoria de invalidez del Acuerdo Nro. 001 del 23 de enero de 2023 *"Por medio del cual se modifica el Decreto Nro. 158 del 28 de diciembre de 2022, que liquida el presupuesto a ejecutar en la vigencia fiscal 2023, con el fin de efectuar adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 y se modifican nuevas intervenciones de infraestructura vial según Acuerdo Nro 02 del 30 de mayo de 2022"*, expedido por el Concejo del municipio de Salamina, Caldas.

Segundo: Se remite copia de este proveído al señor Alcalde Municipal de Salamina – Caldas, al Presidente del Concejo Municipal de la misma localidad y al Señor Gobernador del departamento de Caldas.

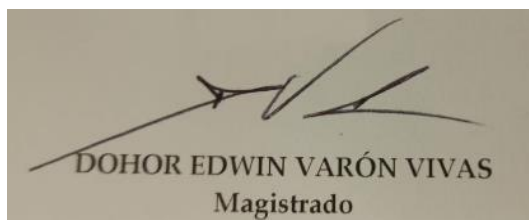
Tercero: En firme esta sentencia, **Archívese** el expediente previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Auto Interlocutorio. 135

Asunto:	Inadmite de Demanda
Radicado:	17001-23-33-000-2023-0117-00
Medio de control:	Nulidad
Demandante:	Sociedad Susuerte S.A.
Demandados:	Municipio de Manizales – Concejo Municipal de Manizales.

Asunto

Procede el Despacho a resolver sobre la admisión de la demanda de la referencia:

Antecedentes

A través de apoderado judicial se presentó demanda de nulidad en contra del Municipio de Manizales y el Concejo Municipal de Manizales.

El demandante pretende la nulidad de la expresión “Actividades de Apuestas Permanentes” Contenida en el artículo Sexto del Acuerdo 025 del 29 de noviembre de 2017 expedida por el Concejo Municipal de Manizales Caldas, por el cual se establecen las tarifas del impuesto de alumbrado público para empresas que realizan actividades económicas específicas.

Consideraciones

Una vez revisada la demanda, observa este despacho que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011 que establece lo siguiente:

*“Artículo 166: **Anexos de la demanda.** A la demanda deberá acompañarse:*

(...)

3. El documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título.”

De otro lado, el artículo 74 del CGP, por remisión normativa del artículo 306 del CPACA, señala: *Artículo 74. Poderes. Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.*

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

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

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

Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital.

Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio.

Conforme a lo anterior, antes de decidir sobre la admisión del medio de control de la referencia y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011, se concede a la parte actora, un término de diez (10) días, so pena de rechazo, para que corrija la demanda. Por ello, deberá allegar el poder conferido en los términos previstos en el artículo 74 del CGP.

Por lo brevemente expuesto

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de la referencia, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: ORDENAR corregir la demanda en el término de diez (10) días, subsanando los defectos de los que adolece enunciados en la parte considerativa del presente proveído.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la providencia conforme lo prevé el artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. FECHA: 01/ 08/2023
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 146

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00136-00
NATURALEZA: VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDANTE: DEPARTAMENTO DE CALDAS
DEMANDADO: CONCEJO DE VITERBO (CALDAS) Y MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 "Código de Régimen Municipal" y 151 numerales 4 y 5 del CPACA, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la solicitud de validez de la referencia.

En consecuencia, por reunir los requisitos señalados en la ley:

Primero: Admitir la solicitud presentada por la Gobernación de Caldas a través de apoderado, mediante la cual solicita se decida sobre la validez del Acuerdo Municipal Nro. 016 del 17 de junio de 2023, *"Por la cual se modifica la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias"*, del Municipio de Viterbo (Caldas).

Segundo: Notificar la solicitud de validez mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, a las siguientes personas:

- 1) Al Presidente del Concejo del Municipio de Viterbo (Caldas) y por su intermedio a los demás integrantes de esa Corporación.
- 2) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.

Tercero: Fijar en lista por el término de diez (10) días (numeral 1º art.121 Decreto 1333 de 1986), durante los cuales el Agente del Ministerio Público y cualquiera otra persona podrán intervenir para que se pronuncien sobre la solicitud de la validez del Acuerdo Municipal Nro. 016 del 17 de junio de 2023, *"Por la cual se modifica la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias"*, del Municipio de Viterbo (Caldas).

Dicha fijación deberá insertarse en el portal web de la Secretaría de este Tribunal.

Cuarto: Notificar este proveído al Alcalde de Viterbo (Caldas) por estado electrónico, para lo cual se enviará mensaje de datos al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales, en atención a lo establecido en el artículo 197 y 201 del CPACA.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 100

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2016-00340-00
Demandante:	María Dorian Escobar Arboleda
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
038 del 28 de julio de 2023**

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Dorian Escobar Arboleda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 20 de mayo de 2016 (página 5, archivo 01, exp. digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución n°10291-6, con la cual se negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión del pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial.

¹ En adelante, CPACA.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la parte actora tiene derecho a que las entidades demandadas le reconozcan y paguen intereses moratorios efectivos a partir del día siguiente a los 30 días posteriores a su causación (10 de febrero de 1997), hasta el día en que se hizo efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013.
3. Que se condene a las entidades accionadas a que paguen a la parte demandante los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base en el interés bancario corriente de la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago. Lo anterior, en consideración a que el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por períodos de 30 días, transcurridos los cuales genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.
4. Que se ordene a las entidades demandadas liquidar y pagar los intereses reclamados con base en el capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.
5. Que se ordene revisar, ajustar y pagar la indexación con base en la última tabla de IPC ponderado emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia.
6. Que se ordene a las accionadas dar cumplimiento al fallo en los términos del inciso segundo del artículo 192 del CPACA y que en virtud del poder conferido, se haga entrega de los dineros al apoderado.
7. Que se condene a la parte accionada al pago de intereses moratorios conforme al inciso tercero del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada en caso de que se oponga a las pretensiones.
9. Que en el fallo que acceda a las pretensiones se ordene expedir primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.
10. Que una vez quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones y al momento de comunicar a las accionadas, se les remita copia auténtica con fecha exacta de la constancia de ejecutoria.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (Página 6. Archivo 01, exp. digital):

1. La señora María Dorian Escobar Arboleda prestó sus servicios al Estado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
2. En cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 60 de 1993, por Resolución nº 3500 de 1996 el Ministerio de Educación certificó al Departamento de Caldas para la administración del servicio educativo.
3. Mediante Decreto 0021 de 1997, el Departamento de Caldas transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden nacional a las plantas de cargos y personal que laboraban en la entidad territorial, con los mismos cargos, códigos y salarios con los que venían de la Nación, sin tener en cuenta que en la mayoría de los casos el personal de carácter departamental o municipal contaba con un nivel salarial superior al del personal administrativo del orden nacional.
4. En concepto 1607 del 9 de diciembre de 2004, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó que dentro del proceso de descentralización del servicio educativo, las entidades territoriales debían, previa homologación, efectuar la correspondiente nivelación salarial, dejando establecido que el mayor valor del nivel salarial debía ser cubierto por la Nación.
5. Constituía una obligación tanto para la entidad que entregó (Nación) como para la que recibió el personal (Departamento de Caldas), efectuar la homologación de cargos y nivelación de salarios desde el momento en que la parte actora fue trasladada a la planta de cargos de la entidad territorial.
6. No obstante lo anterior, al personal administrativo incorporado mediante Decreto 0021 de 1997 no le fueron homologados y nivelados salarialmente los cargos que venían ocupando con la Nación a los empleos semejantes de la planta central del Departamento de Caldas.
7. Por medio de Decreto Departamental nº337 del 2 de diciembre de 2010 se modificó la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la planta de personal del Departamento de Caldas, aprobada inicialmente en el Decreto nº399 de 2007.

8. Por medio del Decreto 353 del 15 de diciembre de 2010 se incorporó por homologación y nivelación salarial al personal administrativo del Departamento de Caldas.
9. Como consecuencia de lo anterior, mediante Resolución No. 2147-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 5541-6 del 22 de agosto de 2013 (modificada a su vez por la resolución 8916-6 del 11 de diciembre de 2014), el Ministerio de Educación Nacional, a través de la Secretaría de Educación Departamental, canceló el pago de un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial indicando en forma expresa la fecha de constitución de la obligación, entre el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.
10. De acuerdo con lo anterior el Departamento de Caldas canceló la vigencia del año 2010 con valores homologados e incorporó a partir del 1 de enero de 2011 al personal administrativo mediante el Decreto 337 de 2010.
11. Dependiendo la fecha de ingreso, retiro y/o prescripción, el periodo a cancelar varía de una persona a otra y en el caso de la demandante fue a partir del mes de febrero de 1997 hasta el año 2009.
12. Según certificación expedida por la Secretaria de Educación, el retroactivo reconocido en la Resolución 5541 del 22 de agosto de 2013, se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2009, pago que fue efectuado solo hasta el día 15 de abril de 2013.
13. El retroactivo corresponde a un ajuste de indexación reconocido en la Resolución n°8916 del 11 de diciembre de 2014, correspondiente a la suma de \$47.183.970 y fue pagado el 16 de diciembre de 2014.
14. Desde el momento en que la parte actora fue trasladada a la planta de cargos de la entidad territorial, debió percibir la diferencia salarial correspondiente a la planta de cargos de esa entidad.
15. Pese a lo anterior como puede apreciarse en el certificado de pago, el retroactivo reconocido en la Resolución n°5541-6 del 22 de agosto de 2013 fue reconocido tardíamente y cancelado solo hasta el 15 de abril de 2013.
16. El pago tardío del retroactivo general el pago de intereses moratorios.
17. Mediante petición radicada ante la Secretaria de Educación Departamental, el día 10 de agosto de 2015 la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del

retroactivo por homologación y nivelación salarial del personal administrativo adscrito a la secretaria de educación, interrumpiendo cualquier prescripción.

18. La Secretaria de Educación de Departamento de Caldas a través de la Resolución n°10291-6 del 19 de noviembre de 2015 negó el reconocimiento y pago de los intereses reclamados.
19. La Secretaria de Educación de Departamento de Caldas a través de la Resolución n°10291-6 del 19 de noviembre de 2015 manifestó que dio traslado al Ministerio de Educación sobre el tema.
20. La Secretaria de Educación de Departamento de Caldas debió liquidar intereses moratorios desde el 10 de febrero de 1997, 1.5 veces el interés bancario corriente.
21. Del total de la deuda pagada a la parte actora \$261.541.545 la entidad reconoció como valor neto sin indexación \$175.359.101 por lo que los intereses reclamados deben cancelarse sobre este último valor.
22. Teniendo en cuenta que el valor de retroactivo cancelado por homologación y nivelación salarial fue reconocido por el servicio prestado en la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas, el Despacho es competente por factor territorial.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350; Código Civil: artículos 1.608 –numerales 1 y 2–, 1.617 y 1.649; Código Contencioso Administrativo – CCA: artículo 177, en concordancia con la sentencia C-367 de 1995; y Convenio 95 de 1949: artículo 12.

Explicó inicialmente que la homologación es un procedimiento mediante el cual, una vez se comparan las funciones y requisitos de un empleo existente en determinada planta de personal, se procura encontrar un equivalente a éste en la planta de personal receptora de dicho cargo como resultado del proceso de descentralización del servicio educativo.

Con fundamento en sentencia del 22 de julio de 2014 del Consejo de Estado²,

² Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 22 de julio de 2014. Radicado: 3764-13.

la parte accionante sostuvo que con ocasión del proceso de descentralización de la educación, tanto la Nación como las entidades territoriales debían efectuar previamente la homologación de cargos antes de que éstos se incorporaran a la planta de personal, en procura de los principios de equidad e igualdad en materia laboral.

En razón a lo anterior, sostuvo que al negar el reconocimiento de los intereses moratorios por la mora en el reconocimiento y pago de la homologación, las entidades demandadas desconocen la ley.

Indicó que en la sentencia C-367 de 1995 quedó establecida la obligación a cargos de las entidades de reconocer intereses moratorios reales cuando incurran en mora de pago de salarios, prestaciones y pensiones, así no haya sentencia judicial que lo ordene.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional

De acuerdo con la constancia secretarial que obra en el archivo 12 del expediente, la entidad Nación – Ministerio de Educación Nacional no contestó la demanda.

Departamento de Caldas (archivo 09, expediente digital)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada dio contestación a la demanda, de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, la entidad demandada tuvo como ciertos algunos, frente a otros consideró que no constituían hechos o que eran afirmaciones que no le constaban, y respecto de los demás, los negó aclarando lo siguiente: **i)** la prestación de servicios de la parte actora fue pagada con rubros del nivel central a través del Sistema General de Participaciones; **ii)** los rubros dispuestos para la administración del servicio educativo con ocasión de la Ley 60 de 1993, provenían del nivel central y no del presupuesto de la entidad territorial; **iii)** los pagos objeto de la nivelación salarial fueron indexados al momento de ser reconocidos, por lo que no hay lugar a pagar una sanción adicional; **iv)** la actuación de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no puede tildarse de ilegal, pues aquella dependencia ha actuado ajustada a derecho, máxime cuando el titular de la homologación no es la entidad territorial sino el Ministerio de Educación Nacional; y **v)** no hay cabida a cobrar intereses moratorios sobre el total pagado como retroactivo o el capital, pues hubo indexación.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"***, con fundamento en que fue el Ministerio de Educación Nacional quien elevó solicitud de consulta en relación con la posibilidad de homologación y nivelación salarial de los empleados administrativos, indicó a las entidades territoriales cuál era el procedimiento a seguir en estos casos y giró los recursos para tales efectos; ***"BUENA FE"***, por cuanto la entidad siempre ha obrado correctamente en la expedición de los actos administrativos correspondientes a la homologación y nivelación salarial, aclarando que es competencia del Ministerio de Educación Nacional efectuar los respectivos pagos; ***"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"***, como quiera que la parte demandante pretende la aplicación de dos sanciones simultáneas respecto de una misma obligación que no sólo fue debidamente indexada sino que además no se encuentra en cabeza del Departamento de Caldas sino del Ministerio de Educación Nacional; ***"INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS"***, teniendo en cuenta que los dineros recibidos por la parte actora fueron debidamente indexados y provenían de recursos del Sistema General de Participaciones, producto de un proceso de homologación y nivelación salarial y no de pago de cesantías como se pretender hacer ver; y ***"PRESCRIPCIÓN"***, en el sentido que ha transcurrido un término superior a tres años desde la notificación del último acto administrativo que reconoció el pago de la homologación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 29 Judicial II Administrativo no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 20 de mayo de 2016, al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (Página 1, archivo 01, expediente digital).

Admisión (archivo 01, expediente digital). En providencia del 10 de octubre de 2016 la Sala Quinta de Decisión de este Tribunal admitió la demanda de

la referencia y rechazó las pretensiones atinentes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y 15 de abril de 2013.

A través de auto del 11 de enero de 2017, se reconoció como sucesores procesales de la parte demandante a Hernán Arturo Rosero Obando, Hernán Arturo Rosero Escobar y Johanna Isabella Rosero Escobar. En la misma providencia se concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación contra el auto del 10 de octubre de 2016 que rechazó las pretensiones atinentes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y 15 de abril de 2013.

Mediante providencia notificada por estado el 14 de agosto de 2020, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, revocó el auto que rechazó parcialmente la demanda y ordenó estudiar su admisibilidad en relación con las pretensiones rechazadas.

Por auto del 26 de julio de 2021 se admitió la demanda en el presente asunto.

Contestación y traslado de excepciones. Una vez notificada la demanda, fue contestada oportunamente por el Departamento de Caldas (archivo 09, exp. digital). De acuerdo con la constancia Secretarial que obra en el archivo 12 del expediente, el Ministerio de Educación no contestó la demanda y la parte actora no se pronunció en relación con las excepciones formuladas.

Trámite para sentencia anticipada: fijación del litigio, pronunciamiento sobre pruebas y traslado para alegar de conclusión (archivo 13, exp. digital). De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso (CGP2) por remisión expresa de la norma antes mencionada, el Magistrado Ponente resolvió las excepciones propuestas, difiriendo al momento de proferir sentencia en el presente asunto, la decisión de los medios exceptivos denominados “*FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LACAUZA POR PASIVA*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*”, “*INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS*” y “*PRESCRIPCION*”. En la misma providencia fijó el litigio, se pronunció sobre las pruebas y corrió traslado para alegar de conclusión.

Paso a Despacho para sentencia anticipada. El 21 de junio de 2022, el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia anticipada (documento nº 13 del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo

dispuesto por el artículo 187 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución n°10291-6 del 19 de noviembre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la cual negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la supuesta tardanza en la cancelación del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte accionante se condene a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el 15 de abril de 2013, sobre la base del capital neto cancelado, es decir, sin incluir la indexación salarial, liquidados con el interés bancario corriente de la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago.

De otra parte, pidió se reajuste la indexación reconocida, aplicando para ello la última tabla de la Superintendencia Financiera.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre la liquidación del valor del retroactivo por homologación y nivelación salarial?*
- *En caso negativo, ¿tiene derecho la parte actora, aunque no lo haya solicitado expresamente, a la indexación de los valores reconocidos y pagados por concepto de retroactivo por homologación y nivelación salarial?*
- *De ser así, ¿cuáles serían los extremos temporales de dicha actualización? y ¿a qué entidad le corresponde realizar los pagos correspondientes a indexación?*

Para despejar los problemas planteados, la Sala dividirá sus consideraciones en dos grandes apartados, referidos, el primero, a los distintos aspectos de la premisa jurídica que se estima pertinente para resolver las cuestiones planteadas, y el segundo, en el que se resolverá el caso concreto aplicando tal premisa normativa a los elementos fácticos puestos a consideración de esta autoridad judicial. Para tal fin se abordarán los siguientes aspectos en el último apartado: **2.1.)** El proceso de homologación y nivelación salarial; **2.2.)** La indexación y los intereses moratorios; **2.3.)** Improcedencia de los intereses moratorios reclamados; **2.4.)** Facultades *extra* y *ultra petita* del juez en materia laboral; **2.5.)** Indexación de la homologación y nivelación salarial; **2.6.)** Entidad competente para asumir pagos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial.

Finalmente se abordarán los hechos debidamente acreditados; la aplicación de las premisas normativas en la solución específica; y el cambio de postura del Tribunal Administrativo de Caldas en relación con la indexación sobre el valor pagado a título de retroactivo por homologación y nivelación.

1.- La premisa jurídica pertinente

Para dilucidar y establecer el marco jurídico aplicable a la solución del caso son necesarias las siguientes apreciaciones.

1.1.- El proceso de homologación y nivelación salarial

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en un proceso aún más amplio: la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías, pues tal servicio pasó a cargo de la Nación.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y se abrió paso a la descentralización del servicio educativo. En efecto, los artículos 2 y 3 de dicha ley establecieron las competencias de los departamentos y municipios en materia educativa; el artículo 15 *ibidem* definió la forma en la cual se asumían dichas competencias; al tiempo que el artículo 6 determinó la administración de las plantas de personal.

A su turno, la Ley 715 de 2001 dictó normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación.

De la relación normativa anterior se desprende el diseño de todo un proceso legal a efectos de hacer efectiva la administración de la educación por parte de las entidades territoriales como producto de la descentralización de dicho servicio, que antes estaba en su totalidad a cargo de la Nación.

Naturalmente, dicho proceso implicó, entre otras circunstancias, que los cargos al servicio de la educación que estaban adscritos a la Nación debieran ser asumidos por las entidades territoriales, que a partir de dichas normas fueron responsables de la educación pública. Al adoptar los departamentos y municipios dichos cargos, debían ajustarlos a las plantas propias (homologación de cargos), incluso salarial y prestacionalmente, lo que derivó en el reconocimiento económico de las diferencias que se presentaran en dichos aspectos (nivelación salarial).

Frente al proceso de homologación del personal administrativo al servicio de los establecimientos educativos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto del 9 de diciembre de 2004³, expuso:

1. Las entidades territoriales, como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo, previa la homologación de los cargos previstos en las plantas de personal nacional y departamentales en lo relacionado con la clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, etc. de los empleos, incorporan en iguales o equivalentes condiciones el personal administrativo que reciban en virtud de la certificación.

2. En virtud de lo dispuesto por el artículo 3º del Acto Legislativo No. 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1º de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. Si así no se hizo y los mayores costos por los conceptos mencionados provienen de homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.

3. En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Concepto del 9 de diciembre de 2004. Radicación número: 1607.

homologación en virtud de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlas el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación. Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios.

Atendiendo el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el Ministerio de Educación Nacional, en la Directiva Ministerial nº 10 del 30 de junio de 2005, señaló:

Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.

Según se manifiesta en los actos que reconocieron la nivelación salarial a la parte accionante, a través de Decreto 0399 del 20 de abril de 2007 y atendiendo las directrices del Ministerio de Educación Nacional, el Departamento de Caldas homologó y niveló los cargos administrativos del personal perteneciente a la planta de cargos de la entidad territorial pagada con recursos del Sistema General de Participaciones. Tal homologación se modificó por Decreto 0337 del 2 de diciembre de 2010, y contó con Certificado de Disponibilidad Presupuestal nº 3500003137 del 7 de marzo de 2013, expedido por la Secretaría de Hacienda Departamental, por valor de \$57.341'662.202 para el pago del mismo.

De lo expuesto hasta ahora se observa que el proceso de nivelación salarial para el caso concreto tuvo su fundamento en la necesidad legal de incorporar el empleo de la parte demandante, que era de orden nacional, a la planta de cargos del departamento, y que ante la diferencia salarial y prestacional entre uno y otro, debían reconocerse los mayores valores resultantes de dicha homologación actualizados al momento del pago, sin

que el mismo tuviera la connotación de pago tardío de una obligación.

1.2.- La indexación y los intereses moratorios

Para resolver el presente asunto es preciso determinar el alcance de los conceptos de *indexación* y de *interés moratorio*.

Según la doctrina, el primer término corresponde a la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda; se trata de una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se re-expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico⁴.

En providencia del 30 de mayo de 2013⁵, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González, el Consejo de Estado precisó que:

(...) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo.

La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente.

A su turno, la Corte Constitucional en la sentencia C-862 de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, indicó que “*La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo*”.

En síntesis la indexación busca mantener actualizado el valor del dinero pese al paso del tiempo.

⁴ César Mauricio Ochoa Pérez, Tratado de los Dictámenes Periciales, Biblioteca Jurídica DIKE, pág. 723.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González. Sentencia del 30 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00986-01.

En cuanto a los intereses moratorios, éstos tienen un carácter indemnizatorio por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1.617 del Código Civil⁶.

En relación con la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha sostenido⁷:

En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

Sumado a ello, la doctrina citada enseña que los intereses moratorios y la indexación no son acumulables, pues considera que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el período de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora⁸.

1.3.- Improcedencia de los intereses moratorios reclamados

Conforme al marco legal anterior, el pago de intereses moratorios dentro de una relación laboral legal y reglamentaria, atendiendo su naturaleza indemnizatoria, corresponde a una prestación social, pues este pago no tiene las características de salario.

⁶ “**ARTICULO 1617. INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO.** Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.”.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 22 de abril de 2015. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-01312(2506-13).

⁸ Ochoa Pérez, *op. cit.*, pág. 738.

Por ende, para que un empleado o servidor de cualquier entidad pública, valga señalar del sector de la educación, tenga derecho a percibir intereses moratorios por el no pago oportuno de sus emolumentos, *verbi gratia*, los intereses por pago retardado de cesantías, tal circunstancia debe estar expresamente señalada en las disposiciones que reglamentan el régimen prestacional.

Revisadas las normas que regulan el sistema prestacional, se observa que ellas no regulan de manera expresa y concreta, el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una homologación y nivelación salarial.

Así pues, la parte actora no tiene derecho al reconocimiento de intereses por pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, habrán de negarse las súplicas de la demanda.

Al haberse demostrado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial –como se indicará en el capítulo de hechos probados–, resulta igualmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

Sobre la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, el Consejo de Estado en reciente providencia precisó⁹:

Ahora bien, la Subsección no comparte los argumentos del tribunal en el sentido de reconocer un interés legal del 6% anual, por cuanto no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae la norma del Código Civil (f.89vto) pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto negocial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las plantas de personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.

Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00311-01(0905-15).

mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto.

1.4.- Facultades *extra* y *ultra petita* del Juez en materia laboral

El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social otorgó al Juez la facultad de fallar *extra* y *ultra petita* en materia laboral¹⁰.

La norma referida fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, quien en sentencia C-662 de 1998 la declaró exequible, precisando que: “(...) la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión “de primera instancia”, como así se declarará en la parte resolutive del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances *extra* o *ultra petita*, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados”.

Es así como la competencia atribuida al juez en materia laboral para pronunciarse y reconocer más allá de lo pedido constituye una excepción al principio de justicia rogada que caracteriza la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, avalada por el Consejo de Estado¹¹.

1.5.- Indexación de la homologación y nivelación salarial

Se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores adeudados a los trabajadores deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a la ejecutoria de los actos administrativos, con el objeto de actualizarlos a valor presente al momento del pago. Así lo ha sostenido el

¹⁰ Artículo 50. El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-92260-01(0207-07).

Consejo de Estado¹²:

*Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin».*¹³

En otra de sus providencias¹⁴, el Consejo de Estado expresó que si bien no existe norma que establezca la actualización de sumas de dinero que se reconozcan en vía administrativa y que hayan sido canceladas de forma tardía, no podía desconocerse el contenido del canon 53 Superior, según el cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y por tanto: *“Actualizar el pago de las sumas que la administración debía a la parte actora y que canceló tiempo después de su causación, es la única forma de impedir que la demandante se vea obligada a percibir un ingreso devaluado, de manera que represente el valor real al momento de su pago efectivo; por ello, se debe reconocer que las sumas no canceladas en tiempo sufrieron los rigores del deterioro inflacionario. Lo contrario implica desconocer no solo el hecho palmario de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. (...)”.*

En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-1433 de 2000¹⁵.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13).

¹³ Cita de cita: Sentencia antes citada de esta subsección del 13 de julio de 2006, radicación número: 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Providencia del 13 de julio de 2006. Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

¹⁵ En la sentencia citada la Corte sostuvo que: *“De las normas de la Constitución surge el deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia. En efecto, la exigencia de dicho deber surge: i) de la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (preámbulo); ii) de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como*

En el contexto anterior, la Sala observa que si bien la indexación monetaria no está contemplada en el derecho positivo colombiano, lo cierto es que tal prerrogativa deviene en razón de la protección a los derechos de los trabajadores con fundamento en el postulado constitucional del artículo 53, según el cual el Estado debe amparar las garantías mínimas de los trabajadores y, entre ellas, garantizar el poder adquisitivo del salario.

1.6.- Entidad competente para asumir pagos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial

Teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 9 de diciembre de 2004, así como las consideraciones hechas por el Ministerio de Educación Nacional en la Directiva Ministerial nº 10 del 30 de junio de 2005, estima este Tribunal que el proceso de homologación y nivelación salarial adelantado en el Departamento de Caldas para el personal administrativo de los establecimientos educativos, se realizó de manera concertada entre la Nación y dicha entidad territorial, razón por la cual quien estaría llamada a reconocer y pagar cualquier suma derivada de dicho proceso, como la indexación en este caso, sería la Nación – Ministerio de Educación Nacional, pues se trataría del pago de un mayor valor cancelado a título de reajuste o nivelación salarial.

2.- Solución del caso concreto

Para decidir el caso concreto la Sala requiere hacer las siguientes apreciaciones y extraer las siguientes conclusiones aplicando las premisas normativas expuestas en las anteriores consideraciones.

2.1.- Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan

valor, derecho subjetivo y deber social (art. 1); iii) del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2, 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 48, inciso final y 53, inciso 2); vii) del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334) y viii) de la prohibición al Gobierno de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede disminuir los referidos derechos”.

relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 2147-6 del 22 de marzo de 2013 (Página 33, archivo 01, expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas reconoció a favor de la parte actora un pago por homologación y nivelación salarial, equivalente a la suma de \$176.806.672.

La nivelación salarial incluyó los conceptos de: sueldo, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, bonificación especial recreación, prima de navidad y horas extras. Adicionalmente se observa que se liquidó un valor de \$66'611.035 por concepto de indexación.

Consta en dicho acto que la constitución de la obligación comprendía desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.

2. Con Resolución nº 5541-6 del 22 de agosto de 2013 (Página 33, archivo 01, expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas aclaró la Resolución nº 2147-6 del 22 de marzo de 2013, incluyendo prima de vacaciones y disminuyendo el valor por indexación a \$24'200.416. En total, la suma reconocida por homologación y nivelación salarial pasó a ser de \$152'606.252.

En el acto se indicó que para la liquidación de la indexación se había tomado como índice final el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que el Ministerio de Educación Nacional había reconocido la deuda (fl. 32, ibídem).

3. En Resolución nº 8916-6 del 11 de diciembre de 2014 (Página 41, archivo 01, expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas modificó la Resolución nº 5541-6 del 22 de agosto de 2013 y estableció por concepto de homologación y nivelación salarial la suma de \$162.606.252 y por actualización de la indexación y diferencias dejadas de percibir la suma de \$38.255.787.
4. El 01 de junio de 2015, la parte actora radicó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional (pág 23, archivo 01, exp. digital), con la cual solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial del personal administrativo adscrito a la entidad territorial, así como la revisión de la indexación con base en la última tabla de IPC ponderado emitida por la Superintendencia Financiera.

5. Con Resolución n° 10291-6 del 19 de noviembre de 2015 (Pág.19, archivo 01, exp. digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó la petición efectuada, aduciendo entre otras razones, que el referido retroactivo había sido objeto de indexación.
6. Según certificación expedida el 15 de agosto de 2013 por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (fl. 35, C.1), a la parte actora se le reconoció retroactivo por homologación y nivelación salarial a partir del 10 de febrero de 1997. Se precisó así mismo que los valores por tal concepto fueron pagados el 15 de abril de 2013.
7. En certificación expedida el 26 de febrero de 2016 por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (pág. 28 ibidem), se indicó que a la parte actora se le reconoció retroactivo por homologación y nivelación salarial a partir del 11 de febrero de 1997. Se precisó así mismo que los valores por tal concepto fueron pagados el 15 de abril de 2013.

2.2.- Aplicación de las premisas normativas en la solución específica

Por las razones expuestas en precedencia, la Sala considera que no hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios por concepto del pago tardío de la homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, deben ser negadas las pretensiones de la demanda.

2.3.- Sobre el cambio de postura del Tribunal Administrativo de Caldas en relación con la indexación sobre el valor pagado a título de retroactivo por homologación y nivelación

Esta Corporación en providencias de primera y segunda instancia, en casos de contornos fácticos y jurídicos similares al presente, al observar la existencia de un período que no fue objeto de actualización, comprendido entre el día siguiente a la fecha final de indexación y la fecha del pago efectivo de los valores reconocidos por concepto de retroactivo por homologación y nivelación salarial, había ordenado la respectiva actualización haciendo uso de la facultad *extra petita* y por razones de equidad y justicia.

No obstante, en relación con el tema objeto de debate, el Consejo de Estado en providencia del 12 de septiembre de 2019¹⁶, revocó la sentencia proferida

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 12 de septiembre de 2019.

por este Tribunal que accedió parcialmente a las pretensiones y, en su lugar, negó las súplicas de la demanda.

En providencia del 3 de diciembre de 2020¹⁷, al estudiar un caso similar al presente, la misma Corporación con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, analizó la orden emitida por este Tribunal con fundamento en la facultad *extra petita* y los criterios de equidad y justicia, concluyendo lo siguiente:

(...) no resultaba procedente la condena impuesta en la sentencia apelada al Ministerio de Educación de manera oficiosa y en aplicación de facultades extra petita, concerniente al pago de una indexación en reemplazo del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas a la demandante en razón de la nivelación salarial generada por el proceso de homologación del sector educativo del Municipio de Manizales, puesto que tal potestad resulta ser excepcional a la preponderancia del principio de congruencia y debido proceso que se predica de las sentencias dictadas en el marco de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, en el caso particular, dicha excepción no se configura, por lo que debe revocarse la orden en comento.

Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado revocó el fallo de este Tribunal, razón por la cual es preciso acoger la postura de la máxima Corporación en lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, modificar el criterio que había sido asumido en casos similares al presente.

En este sentido, no se continuará reconociendo la indexación de los valores reconocidos por concepto de retroactivo por homologación y nivelación salarial por el período que no fue objeto de actualización, haciendo uso de la facultad *extra petita* y por razones de equidad y justicia.

3.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

Radicado número: 17001-23-33-000-2016-00993-01.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Providencia del 3 de diciembre de 2020. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-0979-1(2646-19).

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁸, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia.

Adicionalmente y en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, su imposición tampoco se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que las entidades demandadas no intervinieron activamente en todas las etapas del proceso, ya que el Ministerio de Educación Nacional no contestó la demanda ni presentó alegatos de conclusión y el Departamento de Caldas únicamente se pronunció en el término de traslado de la demanda sin intervenir en otras fases procesales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE probado el medio exceptivo de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, propuesto por el Departamento de Caldas, de conformidad con el razonamiento efectuado por la Sala de Decisión en esta providencia.

Segundo. NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

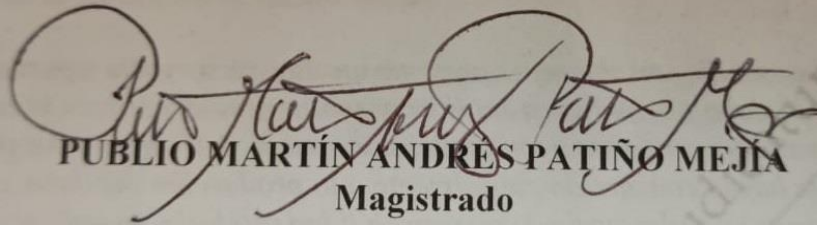
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

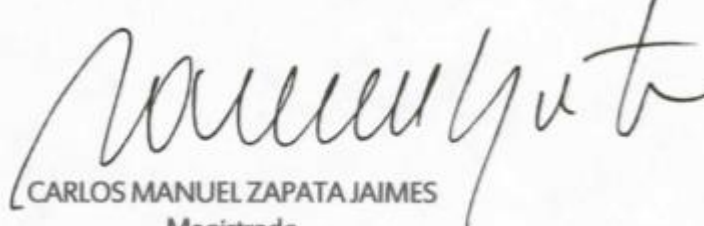
Quinto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).


AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 101

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2016-00619-00
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales- UGPP
Demandado:	Alberto Flórez Gallego

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia en primera instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP² contra el acto administrativo que reliquidó la pensión en cumplimiento de un fallo de tutela al señor Alberto Flórez Gallego.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 26 de agosto de 2016³, se solicitó lo siguiente⁴:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nº RDP 011426 del 7 de abril de 2014, expedida por la UGPP, en cuanto incluyó el 100% de la

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, UGPP.

³ Según hoja de reparto.

⁴ Página 10, archivo 00, expediente digital.

bonificación por servicios en la liquidación de la pensión de jubilación del señor Alberto Flórez Gallego, en cumplimiento del fallo de tutela del 12 de octubre de 2006.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor Alberto Flórez Gallego reintegrar indexadas a la entidad demandante las sumas recibidas por concepto de reliquidación de la pensión.
3. Que se declare que al señor Flórez Gallego no le asiste derecho a la reliquidación en los términos en que se consignó en los actos administrativos acusados.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho, que en resumen indica la Sala⁵:

1. El señor Alberto Flórez Gallego nació el 13 de diciembre de 1939 y adquirió su status de pensionado el 13 de diciembre de 1994.
2. El señor Alberto Flórez Gallego prestó sus servicios al Estado conforme se indica a continuación:
 - a) Ministerio de Defensa Nacional: 1º de noviembre de 1958 a 30 de marzo de 1960.
 - b) Ministerio de Hacienda y Crédito Público: 28 de abril de 1961 a 30 de julio de 1968.
 - c) Rama Judicial: 1º de noviembre de 1968 a 30 de agosto de 1969.
 - d) Rama Judicial: 4 de agosto de 1970 a 4 de septiembre de 1974.
 - e) Departamento de Caldas: 1º de julio de 1976 a 13 de febrero de 1979.
 - f) INPEC: 12 de junio de 1981 a 30 de julio de 1998.
3. El último cargo desempeñado por el accionado fue el de director de centro carcelario, código 2220, grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en el Municipio de Neira.
4. Por medio de la Resolución nº 014170 del 30 de noviembre de 1999, CAJANAL reconoció una pensión de vejez a favor del señor Alberto Flórez Gallego, liquidando la misma con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 4 años y 4 meses, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$574.564,50, efectiva a

⁵ Página 11, archivo 00, exp. digital.

partir del 1º de agosto de 1998, condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio para su disfrute.

5. El 26 de julio de 2004, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales profirió fallo de tutela, con el cual tuteló de manera definitiva los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la seguridad social en pensiones, a la igualdad y al mínimo vital, invocados por el señor Alberto Flórez Gallego y otros y, en consecuencia, dejó sin valor la Resolución nº 014170 del 30 de noviembre de 1999, y ordenó a CAJANAL reliquidar la pensión reconocida con base en el salario devengado en el último año, teniendo en cuenta las doceavas de primas dejadas de liquidar.
6. El 3 de agosto de 2004, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales adicionó el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar a CAJANAL que reconociera a favor del señor Alberto Flórez Gallego un 2% adicional por cada 50 semanas cotizadas por encima de las 1.000 semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 para adquirir el derecho a la pensión, siempre y cuando el pensionado tuviera derecho a este reconocimiento, conforme al sistema pensional que lo amparaba. Adicionalmente ordenó indexar el total de los valores dejados de percibir por el allí accionante desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de su pensión para garantizarle a éste su poder adquisitivo.
7. Con Resolución nº 30176 del 20 de diciembre de 2004, CAJANAL dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales del 26 de julio de 2004 y, en consecuencia, reliquidó la pensión de vejez del señor Alberto Flórez Gallego, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$819.295,33, efectiva a partir del 1º de agosto de 1998, condicionando el disfrute de la prestación a que el peticionario demostrara el retiro definitivo del servicio. La pensión se liquidó con el 85% de lo devengado el último año de servicio, y se incluyeron como factores salariales, además de la asignación básica, la prima de navidad, la bonificación por servicios, la prima de servicios y la prima de riesgo.
8. Mediante Resolución nº 01585 del 17 de enero de 2005, CAJANAL revocó la Resolución nº 30176 del 20 de diciembre de 2004 que dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales y, en su lugar, reliquidó la pensión del señor Alberto Flórez Gallego, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$696.015,82, efectiva a partir del 1º de agosto de 1998, condicionando el disfrute de la prestación al retiro definitivo del servicio. En el acto, se incluyeron como factores salariales, además de la asignación básica, la prima de navidad, la

bonificación por servicios, la prima de servicios y prima de riesgo, en un 75% de lo devengado el último año.

9. Por Resolución nº 01633 del 4 de abril de 2005, CAJANAL resolvió un recurso de reposición contra la Resolución nº 01585 del 17 de enero de 2005, confirmando en todas sus partes.
10. El 12 de octubre de 2006, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales profirió fallo, con el cual tuteló de manera definitiva los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la seguridad social en pensiones, a la igualdad y al mínimo vital, invocados por el señor Alberto Flórez Gallego y otros y, en consecuencia, dejó sin valor los actos administrativos de reconocimiento y pago de la pensión de vejez y, en su lugar, ordenó a CAJANAL que reliquidara y pagar en forma definitiva la prestación con estricta sujeción a lo consignado en el fallo, siempre y cuando se cumplieran los requisitos de ley.
11. A través de Resolución nº 40280 del 4 de septiembre de 2007, CAJANAL dio cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales y, en consecuencia, reliquidó en forma definitiva la pensión de vejez del señor Alberto Flórez Gallego, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$725.587,43, efectiva a partir del 1º de agosto de 1998, condicionando su disfrute a demostrar el retiro definitivo del servicio. En este acto, se incluyeron como factores salariales, además de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados en una doceava parte y no en un 100% como lo ordenó el despacho judicial, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de riesgo.
12. Por Resolución nº UGM 022733 del 28 de diciembre de 2011, CAJANAL modificó y adicionó la Resolución nº 40280 del 4 de septiembre de 2007, en tanto dispuso la indexación de las diferencias que resulten entre lo reconocido en las Resoluciones nº 14170 del 30 de noviembre de 1999 y nº 1585 del 17 de enero de 2005 y la fecha de inclusión del acto administrativo, deduciendo lo cancelado por vía ejecutiva a administrativa con los reajustes correspondientes previas las deducciones ordenadas por la ley, con observancia del turno respectivo.
13. Mediante Resolución nº RDP 011426 del 7 de abril de 2014, la UGPP modificó y adicionó la Resolución nº AMB 40280 del 4 de septiembre de 2007, en el sentido de incluir el 100% de la bonificación por servicios, de conformidad con el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales el 12 de octubre de 2006.

14. Con el radicado número 17001-33-33-001-2015-00015-00, cursa proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad en el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, contra la misma entidad y el señor Alberto Flórez Gallego, en el que se demanda la legalidad de la Resolución n° 40280 del 4 de septiembre de 2007, que reliquidó la pensión del demandado, pero sólo por haber incluido en la liquidación la prima de riesgo. Igualmente se demandaron las resoluciones que modificaron el anterior acto administrativo, esto es, las Resoluciones n° 022733 del 28 de diciembre de 2011 y n° 011426 del 7 de abril de 2014, pero no se pidió la nulidad por haber incluido la bonificación por servicios en un 100%.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones⁶: Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 6, 48, 121, 122, 123, 209; Decreto 407 de 1994: artículo 168; Ley 32 de 1986: artículo 96; Decreto 1045 de 1978: artículo 45; Acto Legislativo 01 de 2005: parágrafo 5 transitorio; Decreto 1042 de 1978 y Decreto 10 de 1989.

Sostuvo que para el reconocimiento de la pensión de la parte accionada, la UGPP incluyó en la liquidación de la prestación la bonificación por servicios prestados en un 100% y no en una doceava parte, en contravía de las normas constitucionales y legales.

Expresó que la reliquidación de la pensión en los términos reconocidos afecta el efectivo funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, produciendo un desequilibrio en el sistema que debe mantener su rendimiento constante a fin de cubrir las diferentes contingencias de los afiliados.

Adujo frente a la bonificación por servicios prestados que constituye factor salarial para efectos pensionales, se causa cada vez que el servidor cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, el régimen especial permite la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año pero ello no quiere decir que su inclusión sea por el valor total por que el monto de la pensión se calcula en "mesadas" y una vez se determinan los factores salariales devengados en el último año se calcula el valor mensual de cada uno para así calcular el valor de la "mesada pensional".

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁶ Página 15, archivo 00, exp. digital.

Actuando debidamente representado y dentro del tiempo oportuno otorgado para tal efecto, el señor Alberto Flórez Gallego contestó la demanda⁷ en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que se dio un fallo por un Juez Constitucional de la República, quien amparó los derechos fundamentales del ahora pensionado, se argumentaron y se probaron mediante oficios y documentos de forma fehaciente el derecho que le asistía, y con pruebas se ordenó mediante fallo de tutela a favor el reconocimiento reclamado por el accionante para dicha fecha.

Expresó que la resolución judicial definitiva dictada por un juez o tribunal que pone fin al caso sometido a su conocimiento y cierra definitivamente su actuación en el mismo, esta misma reconoce el derecho o razón de una de las partes, obligando a la otra a cumplirla. Una vez firme una resolución judicial definitiva, se produce la situación de cosa juzgada, que significa que el mismo caso no puede ser juzgado nuevamente.

Propuso como excepciones, las que denominó: *“Cosa juzgada constitucional”* en tanto considera que las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, tienen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, conforme lo prevé el artículo 243 de la Constitución Política; *“Ineptitud sustantiva de la demanda”* que sustenta en el hecho que con los fallos proferidos el 26 de julio de 2004, el 3 de agosto de 2004 y el 12 de octubre de 2006 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, se dio por terminado el proceso, en tanto tutelaron de manera definitiva los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, a la seguridad social en pensiones, a la igualdad y al mínimo vital invocados por el demandado; y *“desconocimiento del precedente jurisprudencial”* con fundamento en que no es posible apartarse de las sentencias emitidas por los Jueces o Tribunales de cierre (precedente vertical) o los dictados por ellos mismos (precedente horizontal) al momento de resolver asuntos que presentan una situación táctica similar a los decididos en ese caso donde se define el alcance de un derecho iusfundamental en decisiones anteriores derivadas de un fallo, en virtud de la salvaguarda del carácter prevalente de la Constitución y de los principios de buena fe, igualdad y confianza legítima.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

⁷ Página 205, archivo 00, expediente digital.

Parte demandante⁸

Se ratificó en la razón por la cual debe declararse la nulidad del acto demandado, como quiera que la bonificación por servicios prestados debe ser incluida en una doceava parte y no en un 100%, como sucedió en este caso.

Expuso que se predica mala fe por la parte demandada, en tanto se abstuvo de dar consentimiento para revocar la decisión administrativa atacada y que es contraria a derecho.

Se refirió al régimen especial del Inpec y concluyó con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado que respecto del factor de bonificación por servicios la misma se reconoce y paga al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual.

Parte demandada⁹

Reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda, así como en las excepciones propuestas.

Expresó que el salario devengado por el demandado para era de \$3'020.162.08 por concepto de Jubilación y hasta la fecha le está llegando en el desprendible de pago \$2'207.291.54, es decir la UGPP, le está descontando la suma de: \$812.871 que equivalen al 27% de su salario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 26 de agosto de 2016¹⁰, y allegado el 13 de septiembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹¹.

⁸ Archivo n° 22 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 20 del expediente digital.

¹⁰ Según hoja de reparto.

¹¹ Página 77, archivo 00 expediente digital.

Admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 4 de noviembre de 2016 se realizó un requerimiento previo a la admisión de la demanda¹². En providencia del 6 de febrero de 2017 se corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional y se admitió la demanda¹³. En auto del 30 de enero de 2019 se ordenó el emplazamiento del señor Alberto Flórez Gallego ante la imposibilidad de notificación según requerimientos realizados a la UGPP. Por autos del 27 de septiembre y 12 de noviembre de 2019, y 15 de enero de 2020, se designó Curador Ad litem al demandado¹⁴. Notificado el libelo, fue contestado oportunamente por el señor Alberto Flórez Gallego¹⁵. De las excepciones propuestas por la entidad demandada se corrió traslado a la parte accionante¹⁶, la cual se pronunció frente a aquellas¹⁷.

Medidas cautelares. Trámite. Dentro del término previsto, el señor Alberto Flórez Gallego se pronunció frente a la suspensión provisional del acto demandado¹⁸. Por auto del 14 de agosto de 2020, el suscrito Magistrado Ponente decretó la medida cautelar solicitada¹⁹.

Paso a Despacho. El 25 de agosto de 2021, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial²⁰.

Trámite para sentencia anticipada. A través de auto del 14 de octubre de 2021²¹, el Magistrado Ponente de esta providencia difirió la decisión de las excepciones al momento de proferir sentencia. De otra parte y de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA1), modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, el Despacho sustanciador consideró que se daban los supuestos para proferir sentencia anticipada en este asunto, por lo que incorporó pruebas y corrió traslado para alegar de conclusión.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Durante el término conferido, ambas partes intervinieron²². El Ministerio Público guardó silencio.

¹² Página 77, archivo 00 expediente digital.

¹³ Páginas 98 y 999, archivo 00 expediente digital.

¹⁴ Páginas 150, 167 y 185, archivo 00 expediente digital.

¹⁵ Página 205, archivo 00 expediente digital.

¹⁶ Archivo 13, expediente digital.

¹⁷ Archivo 14 expediente digital.

¹⁸ Página 197, archivo 00 expediente digital.

¹⁹ Archivo 01, expediente digital.

²⁰ Archivo 15, exp. digital.

²¹ Archivo nº 01 del expediente digital.

²² Archivos nº 20 y 22 del expediente digital.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de noviembre de 2021, el proceso ingresó a Despacho para sentencia²³, la que se dicta en seguida precisando que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la entidad demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución n° RDP 011426 del 7 de abril de 2014, con la cual la UGPP modifica y adiciona la Resolución n°AMB 40280 del 04 de septiembre de 2007 en favor del señor Alberto Flórez Gallego, en el sentido de incluir el 100% de la bonificación por servicios de conformidad con el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales el 12 de octubre de 2006.

Como consecuencia de tal declaración, solicitó condenar a la parte demandada a que reintegre indexadas la totalidad de las sumas canceladas por este concepto; y adicionalmente, pidió que se declare que al señor Flórez Gallego, no le asiste derecho a la reliquidación en los términos en que se consignó en los actos administrativos acusados.

Cuestión previa: naturaleza del acto demandado y procedencia de control judicial en su contra

Antes de abordar el fondo de la controversia, la Sala de Decisión considera necesario pronunciarse en relación con la procedencia de demandar un acto que dio cumplimiento a una sentencia de tutela que hizo tránsito a cosa juzgada.

En efecto, advierte esta Corporación que el acto cuya nulidad se pretende con esta demanda fue expedido en cumplimiento de una sentencia de tutela dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, respecto de la cual no existe prueba de que hubiera sido impugnada ni revisada por la Corte Constitucional, haciendo tránsito a cosa juzgada. Adicionalmente se advierte que tal acto, en principio, corresponde a un acto de simple ejecución de decisión judicial, que por lo demás no contiene la expresión de la voluntad de la Administración.

²³ Archivo n° 23 del expediente digital.

De acuerdo con los precedentes del Consejo de Estado en esta materia²⁴, y con la postura reiterada de este Tribunal Administrativo, es claro que el juez natural de la situación jurídica particular a la que se refiere dicha actuación administrativa es el Juez de lo Contencioso Administrativo, aun cuando la misma no se definió en forma provisional por el juez de amparo, como debió haberlo sido para no impedir que el juez apropiado conociera el asunto²⁵. Al no existir por todo ello, además, cosa juzgada, la resolución aquí demandada tiene control judicial²⁶.

De acuerdo con lo anterior la Sala declarará **no probadas** las excepciones propuestas por el señor Alberto Flórez Gallego y que denominó “*Cosa juzgada constitucional*”, “*Ineptitud sustantiva de la demanda*” y “*desconocimiento del precedente jurisprudencial*” que se sustentaron en la imposibilidad de que el Juez Administrativo realice un estudio sobre la legalidad de un acto proferido en cumplimiento de una orden de tutela.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- ¿Le asistía derecho al señor Alberto Flórez Gallego a que su pensión de jubilación fuera liquidada incluyendo como factor salarial el 100% de la bonificación por servicios devengada en el último año de servicio?

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Auto del 17 de abril de 2013. Radicación: 05001-23-33-000-2012-00301-01 (0469-2013). El Consejo de Estado sostuvo en esa decisión que tratándose de actos administrativos expedidos en cumplimiento de una decisión judicial, el Juez debe analizar todos los elementos de carácter jurídico que sean vinculantes a la producción de los mismos, sin descartar *ab initio* la opción de control judicial, pues puede ser que su expedición tenga génesis en una sentencia que no fue proferida por el juez natural de la causa, modificando un derecho económico de carácter laboral que afecte de manera directa y significativa un interés general, como es el patrimonio público, poniendo en tela de juicio la moralidad administrativa.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Auto del 23 de enero de 2014. Radicado: 05001-23-33-000-2013-00450-01 (2463-2013).

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E). Auto del 28 de julio de 2014. Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00719-01(0865-14). Sobre la inexistencia en estos casos del fenómeno de la cosa juzgada el Consejo de Estado en tal providencia precisó que: “*En el Sub Judice, no se encuentran dados los elementos para que se declare la cosa juzgada (existencia de la identidad de objeto, de causa y de partes), toda vez que, el acto administrativo atacado se expidió en cumplimiento de una orden proferida por un Juez Constitucional, creándose una situación jurídica particular respecto de la demandada susceptible de ser controvertida y decidida por el Juez Natural que para el caso concreto es el Juez Contencioso, por lo tanto, no puede considerarse que el fallo de tutela expedido a favor de la señora Salazar Londoño, constituye una decisión de fondo respecto de la reliquidación pensional.*”.

- *En caso negativo, ¿cuál es el porcentaje a tener en cuenta en la liquidación de la pensión por el factor salarial mencionado?*
- *¿Procede la devolución de todo lo recibido como consecuencia de la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional del personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria; **iii)** porcentaje de inclusión de la bonificación por servicios prestados; **iv)** reintegro de los dineros ya pagados; y **v)** valores girados por concepto de salud.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) El señor Alberto Flórez Gallego nació el 13 de diciembre de 1939²⁷.
- b) Se encuentra acreditado que el señor Alberto Flórez Gallego prestó sus servicios al Estado en las siguientes entidades:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	D I A S DEDUC LABORAD	
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	19581101	19600330	0	510
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLIC	19610428	19680730	0	2613
RAMA JURISDICCIONAL.	19681101	19690830	0	300
RAMA JURISDICCIONAL.	19700804	19740904	0	1471
DEPARTAMENTO DE CALDAS	19760701	19790213	0	943
INPEC	19810612	19980730	0	6169

			0	12006

- c) En el formato de certificación de salarios mes a mes expedido el 29 de agosto de 1998²⁸, constan los valores devengados por el señor Alberto Flórez Gallego entre los años 1995 a 1998, por concepto de asignación básica mensual y factores salariales.
- d) En la Resolución n° 014170 del 30 de noviembre de 1999²⁹, CAJANAL reconoció una pensión de vejez a favor del señor ALBERTO FLOREZ GALLEGO, liquidando la misma con el 75% de lo devengado sobre el

²⁷ Archivo 04, carpeta Alberto Flórez, CD expediente digital.
²⁸ Archivo n° 05 del CD obrante en el cuaderno principal del expediente.
²⁹ Archivo n°43 del CD obrante en el cuaderno principal del expediente.

salario promedio de 4 años y 04 meses conforme a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en cuantía de \$574.564.50 M/cte., efectiva a partir del 01 de agosto de 1998 condicionado a demostrar retiro definitivo del servicio para su disfrute.

- e) En fallo de tutela proferido por el por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales de fecha 12 de octubre de 2006 consideró y resolvió³⁰:

(...) Habrá de reconocerse igualmente la pretensión del accionante en cuanto que debe tenerse en cuenta como factor salarial a favor de cada uno de sus representados, el equivalente al cien por ciento (100%) de la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, reconocida como factor salarial.

(...) SEGUNDO: Dejar sin valor los Actos Administrativos de reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación por vejez a los titulares del derecho: ALBERTO FLOREZ GALLEGO c.c. 1323598; expedidas por la SUBDIRECCION DE RESTACIONES (SIC) ECONOMICAS DE CAJANAL y en su defecto se ordena a la Entidad causante del agravio proceda en el término máximo de veinte (20) días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de esta decisión, a RELIQUIDAR Y PAGAR EN FORMA DEFINITIVA cada una de las pensiones aquí relacionadas a los titulares del derecho siempre, con estricta sujeción a lo consignado en este fallo, siempre y cuando cumplan con los requisitos de Ley. Se le advierte que el desacato o incumplimiento del término y directrices trazadas al interior de este fallo, dará lugar a las sanciones de Ley. Las sumas dejadas de percibir por los actores, se reconocerán y pagarán por parte del Ente accionado en forma INDEXADA a partir del momento en que se adquirió el status por los titulares del derecho debiendo aplicarse la variación del I.P.C.

- f) En Resolución n°40280 del 04 de septiembre de 2007³¹, CAJANAL dio cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Manizales y en consecuencia dispuso reliquidar en forma definitiva la pensión de vejez del señor Alberto Flórez Gallego elevando la cuantía de la misma a la suma de \$725.587.43, efectiva a partir del 01 de agosto de 1998, condicionado a demostrar el retiro definitivo del servicio., incluyendo la bonificación por servicios prestados en una doceava parte y no en un 100%, como lo ordenó el despacho judicial, por lo que además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados en una doceava parte incluyó: PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, Y PRIMA DE RIESGO.

³⁰ Archivo 74, expediente prestacional demandado, CD FOLIO 66.

³¹ Archivo 74, expediente prestacional demandado CD FOLIO 66.

- g) En Resolución n°RDP 011426 del 07 de abril de 2014³² la UGPP modificó y adicionó la Resolución n°AMB 40280 del 04 de septiembre de 2007, en el sentido de incluir el 100% de la bonificación por servicios, de conformidad con el fallo proferido por el JUZGADO SÉPTIMO PENAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES el 12 de octubre de 2006.

2. Régimen pensional del personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria.

Tomando como base que el señor Alberto Flórez Gallego se vinculó al INPEC desde el año 1981, resulta pertinente hacer un recuento normativo de los regímenes legales que han regulado su situación pensional.

El artículo 96 de la Ley 32 de 1986, que indicaba:

***“ARTÍCULO 96. PENSIÓN DE JUBILACIÓN:** Los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la guardia nacional, sin tener en cuenta su edad.*

...

***ARTÍCULO 114. NORMAS SUBSIDIARIAS:** En los aspectos no previstos en esta ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales.”*

Posteriormente, con la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), artículo 172, fueron conferidas facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas con fuerza material de ley, entre otros aspectos, para regular, frente a los empleados del sistema penitenciario y carcelario el “Régimen salarial, prestacional y pensional, que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores”.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 al promulgar el régimen general de pensiones que entraría a regir el 1º de abril de 1994, dispuso en su artículo 140 una salvedad respecto de las actividades de alto riesgo y las del personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria al señalar:

***“ARTÍCULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.** De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se*

³² Página 28, archivo 00, expediente digital.

consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.” (Subraya la Sala).

Con base en las anteriores disposiciones, el 20 de febrero de 1994 -después de la expedición de la Ley 100 de 1993³³, pero antes de la entrada en vigencia del régimen general de pensiones allí establecido³⁴- se expidió el Decreto 407 de 1994 a través del cual se estableció el “*Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, ratificando para efectos pensionales el régimen especial de jubilación dispuesto en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986, sin otro requisito distinto al de que, para el momento de la entrada vigencia de dicho decreto los funcionarios respectivos ya hicieren parte del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria. En efecto el artículo 168 del Decreto 407 de 1994 señaló:

“ARTÍCULO 168: Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto³⁵ se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos (...)

PARÁGRAFO 1º. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo (...).”

3. Bonificación por servicios prestados

Identificada no sólo la manera de efectuar la liquidación de la pensión de jubilación de un funcionario o empleado del INPEC, sino además qué factores salariales deben ser tenidos en cuenta para la misma, es menester analizar ahora si la bonificación por servicios devengada por el señor Alberto Flórez Gallego debe incluirse en un cien por ciento (100%) o en una

³³ 23 de diciembre de 1993 -publicada en el Diario Oficial 41.148 de dicha fecha-.

³⁴ 1 de abril de 1994, artículo 151 de la referida Ley.

³⁵ 21 de febrero de 1994, dada su publicación en el Diario Oficial 41.233 de dicha fecha.

doceava parte (1/12).

El Decreto 1042 de 1978 fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales) y creó en su artículo 45 la bonificación por servicios prestados a favor de los mismos, estableciendo que se debe pagar al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial o siempre que no haya solución de continuidad en el servicio cuando pase de un organismo a otro³⁶.

El artículo 12 del Decreto 10 de 1989, con el cual se modificó el artículo 46 del Decreto Ley 1042 de 1978, estableció:

La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados que trabajan en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este Decreto, será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación, que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a cien mil setecientos cincuenta pesos (\$100.750.00).

Para los demás empleados, la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de valor conjunto de los tres factores de salario señalados en el inciso anterior.

Por su parte el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 dispone:

ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;

³⁶ **ARTICULO 45. DE LA BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.** A partir de la expedición de este Decreto crease (sic) una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1o.

Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1o., de este Decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio.

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente a la asignación básica y no será acumulativa.

- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

En ese sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de febrero de 2014³⁷ señaló: “(...) la estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la mesada pensional se calcula con la proporción mensual de “**todos los factores salariales devengados en el último año**”.” (Negrilla y líneas son del texto).

De lo anterior, el Consejo de Estado concluye lo siguiente en la providencia referida:

- La bonificación por servicios prestados constituye factor salarial para efectos pensionales.
- Se causa cada vez que el servidor cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial.
- El régimen especial permite la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año pero ello no quiere decir que su inclusión sea por el valor total porque el monto de la pensión se calcula en “**mesadas**”³⁸.

Una vez se determinan los factores salariales devengados en el último año se calcula el valor mensual de cada uno para así calcular el valor de la “**mesada pensional**” (negrilla y líneas son del texto).

Ninguna de las normas señaladas determina expresamente la proporción en la que debe incluirse cada una de las sumas que “*habitual y periódicamente*

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente (E): Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 27 de febrero de 2014. Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00405-01(1896-13).

³⁸ Cita de cita: Porción de dinero u otra cosa que se da o paga todos los meses (Real Academia Española).

reciba el funcionario”, lo que ha generado varios pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, y específicamente frente a la manera en que debe computarse la bonificación por servicios prestados en la base de liquidación pensional.

La tesis reiterada del Consejo de Estado sobre este asunto, sostiene que al tratarse de un pago realizado por cada año de servicio, el cómputo para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, debe fraccionarse por sus doceavas partes, y no incluirse en un cien por ciento³⁹.

En este caso, y acudiendo a las pruebas aportadas, Cajanal en acatamiento de una orden judicial de amparo constitucional, incluyó dentro del valor de la mesada pensional todo lo devengado por el accionante durante el último año y después la UGPP en la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014, que reliquidó la pensión del señor Alberto Florez Gallego, incluyó el 100% de la bonificación por servicios prestados.

En dicho acto se cometió un error en la interpretación de la norma, pues la bonificación por servicios prestados no debe liquidarse con el 100% de lo devengado durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sino que debe hacerse una operación para que ésta se fraccione con el número de mesadas, bien sea realizándola de manera mensual, semestral o anual (una sexta parte, en los que se causan en forma semestral o una doceava para los que se generan en forma anual) para fijar el monto de la mesada pensional.

Es indudable que el Decreto 1045 de 1978, como se expuso, incluyó como factor salarial la bonificación por servicios prestados para los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, en los términos de los artículos 45 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, exigible a partir del 1º de enero de 1997, la que según el inciso 2º de ese artículo 45, “(...) *se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial*”, y en verdad, si se devenga anualmente, al irse causando mes por mes, se completa en el año.

³⁹ Existen múltiples providencias del Alto Tribunal en lo que respecta a este tema, bastando para estos efectos mencionar una de las más recientes en la cual se reiteró que el cómputo de la bonificación como factor salarial para determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, ya que su pago se hace de manera anual y no existe disposición legal que consagre que este rubro en especial no pueda ser fragmentado para efectos de liquidar la pensión de jubilación. Véase: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00754-01(4571-13).

Así pues, consecuente con las normas citadas y con el criterio jurisprudencial mencionado, considera la Sala que es evidente la ilegalidad del acto que expidió CAJANAL hoy UGPP, en tanto reconoció la pensión de jubilación del señor Alberto Flórez Gallego con inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados, transgrediendo flagrantemente con ello los intereses del Estado, por lo que debe declararse la nulidad del mismo⁴⁰.

4. Sobre la pretensión de reintegro de los dineros ya pagados

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, la UGPP solicita que se condene a la parte demandada a reintegrar a la entidad, debidamente indexadas, la totalidad de las sumas de dinero pagadas por concepto de la inclusión en un 100% de la bonificación por servicios prestados en la liquidación de su pensión de jubilación.

Al respecto es importante destacar que el artículo 83 de la Constitución Política establece que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*.

Por su parte, el artículo 164 del CPACA preceptúa que cuando la demanda se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe⁴¹.

Sobre la buena fe y su alcance en temas como el debatido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples providencias, como la sentencia C-1194 de 2008⁴², señalando que los particulares en sus actuaciones siempre están amparados por dicho principio, conducta que por estar

⁴⁰ Es necesario precisar que si bien este Tribunal en fallos anteriores había acogido la tesis según la cual la multicitada bonificación debía reconocerse en un 100% como factor base para la liquidación pensional, precisamente porque así se aceptaba por la jurisprudencia para pensiones de servidores de la Contraloría General de la República, lo cierto es que los múltiples pronunciamientos que con posterioridad a tales decisiones han sido proferidos por el Consejo de Estado, han conducido a este Tribunal Administrativo a rectificar la posición otrora adoptada, teniendo en cuenta la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial, conforme a lo que se consideró en su momento por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011, antes de la entrada en vigencia del CPACA.

⁴¹ **“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. **Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;**

(...) (Negritas fuera de texto)”.

⁴² Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-1194 del 3 de diciembre de 2008.

revestida de una presunción legal puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

En el presente asunto dicha demostración correspondía a la entidad demandante, probando que la parte demandada se valió de medios ilegales para la adquisición de beneficios o prebendas a efecto de acceder a la liquidación reconocida, lo que al no ocurrir en este proceso judicial, hace necesaria la aplicación de dicho principio de buena fe.

En un caso de características fácticas similares al presente⁴³, el Consejo de Estado sostuvo que si la administración no demuestra la mala fe del beneficiario que recibió los pagos, es improcedente la devolución de los mismos; premisa que respalda la expuesta anteriormente por esta Corporación.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que el error no puede imputarse a la parte accionada, y que así mismo su comisión no se basó en información falsa entregada por la demandada, o por lo menos ello no se planteó ni se demostró dentro de este proceso judicial.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala encuentra que la parte demandada está amparada por el principio de la buena fe; razón por la cual no está obligada a devolver lo que ya le fue pagado por este concepto.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que el acto demandado debe ser anulado parcialmente por haber liquidado la pensión de jubilación del señor Alberto Flórez Gallego con el 100% de la bonificación por servicios prestados devengada en el último año de servicios.

Aclara la Sala que la nulidad del acto atacado sólo producirá efectos a partir de la ejecutoria del presente fallo, con sustento en el respeto de los derechos adquiridos de buena fe.

Se le advierte a la entidad demandante que la declaratoria de nulidad parcial del acto acusado en ningún caso puede entenderse como la inexistencia del derecho que le asiste a la señora Alberto Flórez Gallego a seguir percibiendo pensión de jubilación conforme a la resolución de reconocimiento, y

⁴³ H. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección 'B'. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia del 17 de mayo de 2007. Radicado: 25000-23-25-000-1999-05334-01.

específicamente teniendo en cuenta la doceava parte de la bonificación por servicios prestados.

Debe precisarse que la nueva liquidación que en atención a este fallo habrá de realizar la UGPP sobre la pensión de jubilación de la parte demandada para excluir lo que exceda de la doceava parte de la bonificación por servicios prestados, se circunscribe netamente a la manera de computar dicho factor salarial.

Finalmente se aclara que como en el auto que decidió la suspensión provisional se dispuso que los dineros que por razón de tal providencia se dejaran de pagar al demandado debían permanecer conservados hasta tanto hubiese pronunciamiento definitivo mediante sentencia ejecutoriada⁴⁴, los mismos podrán ser utilizados por la entidad una vez quede ejecutoriado este fallo.

Por último, esta Corporación precisa que la nulidad sólo recae sobre los efectos económicos de incluir en el IBL el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte de la misma, por lo que la UGPP **no podrá**: i) dejar de pagar la pensión de jubilación reconocida a favor del accionado en la cuantía pertinente de acuerdo con su régimen pensional, incluyendo todos los factores salariales percibidos en el monto establecido en la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014; ii) eliminar completamente la bonificación por servicios prestados; iii) modificar los demás rubros de la liquidación; e iv) incorporar en nómina al accionado con otro acto administrativo que, salvo lo expuesto en relación con el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte de la misma, difiera de la liquidación hecha en la Resolución No. AMB 40280 del 4 de septiembre de 2007 y la Resolución No. RDP 011426 del 7 de abril de 2014.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Al respecto, el H. Consejo de Estado⁴⁵ ha expresado que la condena en costas *“(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión*

⁴⁴ Archivo 01, expediente digital.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación⁴⁶, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁴⁷ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto y siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, se observa que la parte demandante incurrió en gastos o expensas con ocasión de este proceso, en tanto remitió al demandado citación para notificación personal, emplazamiento en el Diario La República y comunicaciones a los curadores Ad Litem designados en el trámite del proceso (páginas 108, 126, 145, 146, 156, 175, 176, 177 y 190 del archivo 00, exp. digital). En ese sentido, es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Adicionalmente y en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, su imposición también se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la parte actora fue representada judicialmente por profesional del derecho que intervino activamente en todas las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo presentó la demanda sino que también se pronunció sobre las excepciones de la parte demandada y alegó de conclusión.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas a la parte accionada.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo del señor Alberto Flórez Gallego, la suma de \$1'445.047, correspondiente al 4% de la cuantía estimada en este proceso⁴⁸. Lo anterior, toda vez que se trata de un proceso declarativo de menor cuantía⁴⁹ proferido en primera instancia.

Según lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso (CGP)⁵⁰, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL

⁴⁸ La cuantía del proceso fue estimada en la suma de \$36'126.188 (Página 22, archivo 00, expediente digital). De manera que el 4% de dicha cuantía asciende al valor de \$1'445.047.

⁴⁹ En los términos del artículo 25 del Código General del Proceso (CGP).

⁵⁰ En adelante, CGP.

ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por el señor Alberto Flórez Gallego y que denominó *“Cosa juzgada constitucional”, “Ineptitud sustantiva de la demanda” y “desconocimiento del precedente jurisprudencial”*.

Segundo. DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución nº RDP 011426 del 7 de abril de 2014 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP, en tanto reliquidó la pensión de jubilación del señor Alberto Flórez Gallego, incluyendo el 100% de la bonificación por servicios prestados y no la doceava parte de dicho factor salarial.

Tercero. ADVIÉRTESE a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP que la declaratoria de nulidad parcial del acto atacado sólo producirá efectos a partir de la ejecutoria del presente fallo, con sustento en el respeto de los derechos adquiridos de buena fe, y en ningún caso puede entenderse como la inexistencia del derecho que le asiste al señor Alberto Flórez Gallego a seguir percibiendo pensión de jubilación.

Cuarto. Ejecutoriado este fallo, la entidad podrá disponer para los fines legales pertinentes, de los dineros restantes que conservó como consecuencia del auto que suspendió provisionalmente los efectos de la Resolución nº RDP 011426 del 7 de abril de 2014.

Quinto. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

Sexto. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación conforme lo determina el CGP, por lo brevemente expuesto. FÍJASE como agencias en derecho a cargo del señor Alberto Flórez Gallego, la suma de \$1'445.047, correspondiente al 4% de la cuantía estimada en este proceso.

Séptimo. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

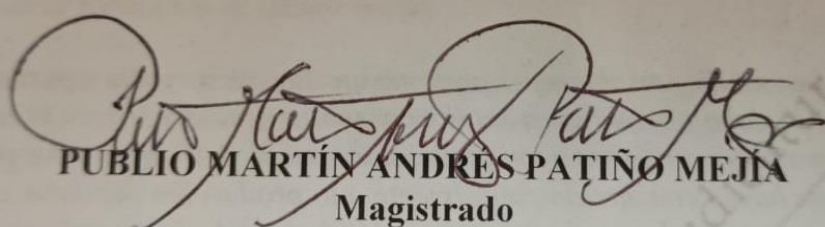
Octavo. Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso,

DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

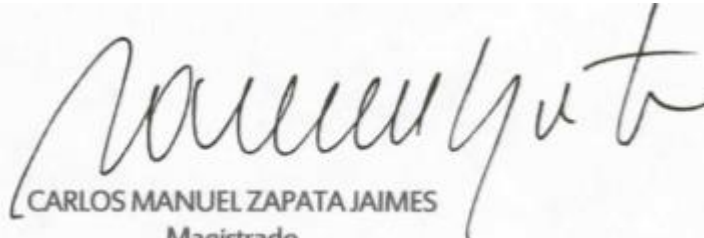
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 131 FECHA: 01/08/2023  Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:102

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00068-02
Demandante:	Alexandra Vera Caicedo
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Alexandra Vera Caicedo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 3 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-180 del 08 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Inepta demanda por falta de requisitos formales”* e *“Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 21, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como las sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 23, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a

restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$2.886.329,00; intereses a las cesantías \$414.440, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-180 del 08 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

¹³ Anexos demanda, archivo 03 exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Alexandra Vera Caicedo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al

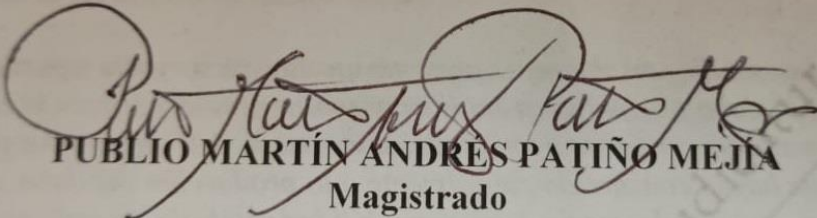
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

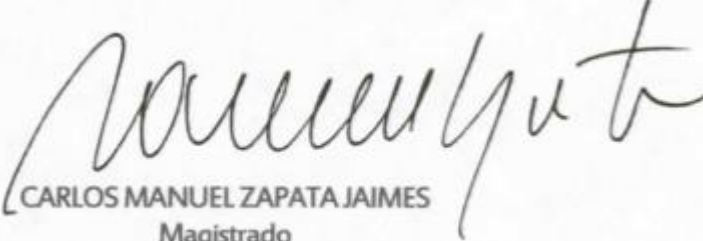
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:103

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00078-02
Demandante:	Aura María Marín Loaiza
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aura María Marín Loaiza contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 10 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-655 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Inepta demanda por falta de requisitos formales”* e *“Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 23 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 20, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como las sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 22, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a

restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$2.655.903,00; intereses a las cesantías \$323.914, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-655 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.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las

¹³ Anexos demanda, archivo 03 exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aura María Marín Loaiza contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al

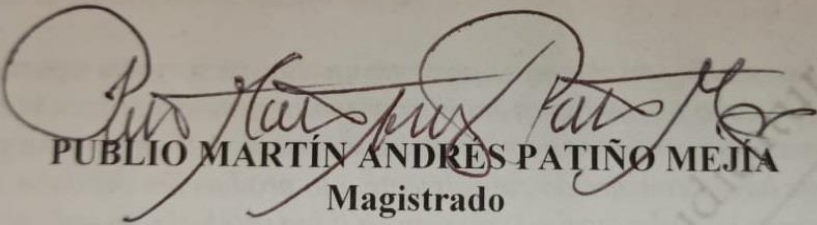
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

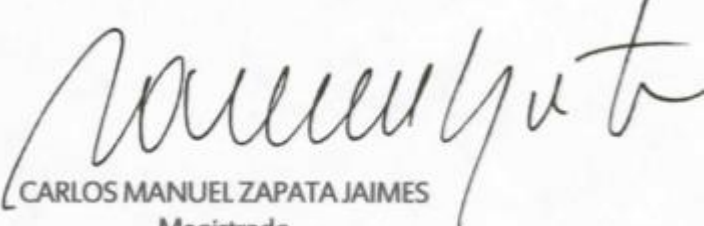
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:104

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00087-02
Demandante:	Luis Felipe Sánchez Cuervo
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Felipe Sánchez Cuervo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 15 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-533 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han 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.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 excepciones de mérito: *“Inepta demanda por falta de requisitos formales”* e *“Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 20, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como las sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 22, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a

restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$2.655.051,00; intereses a las cesantías \$96.644, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-533 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las

¹³ Anexos demanda, archivo 04 exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Felipe Sánchez Cuervo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al

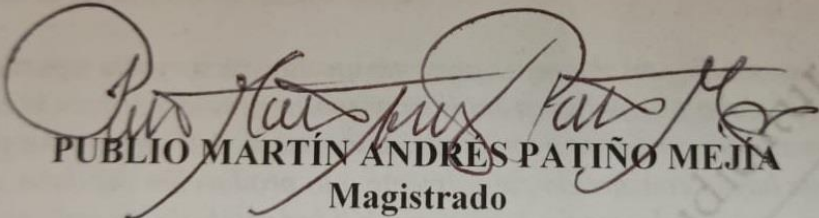
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

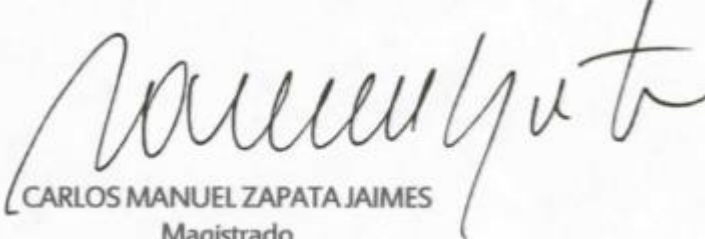
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:105

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00090-02
Demandante:	Adriana María Jaramillo Buitrago
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana María Jaramillo Buitrago contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 15 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-612 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Inepta demanda por falta de requisitos formales”* e *“Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 19, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como las sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 21, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a

restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$3.485.334,00; intereses a las cesantías \$126.868, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-612 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.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las

¹³ Anexos demanda, archivo 04 exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana María Jaramillo Buitrago contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al

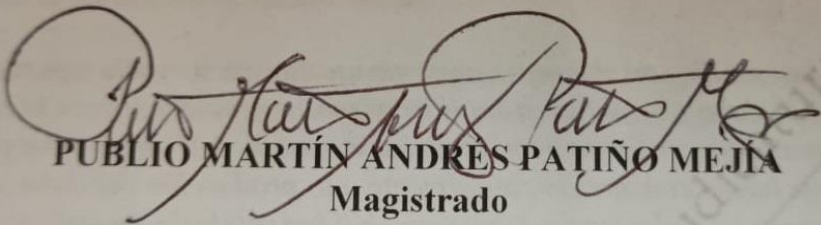
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

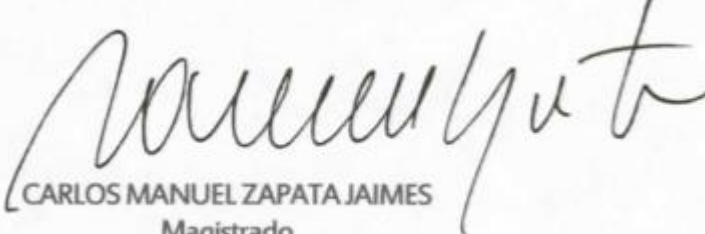
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:106

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00104-02
Demandante:	Jhon Derian Hernández Sánchez
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Derian Hernández Sánchez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 24 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-407 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Inexistencia de la obligación” e “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 21, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como la sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928

de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 23, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que

siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$3.469.152,00; intereses a las cesantías \$389.459, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-407 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las

¹³ Anexos demanda, archivo 04 exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Derian Hernández Sánchez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al

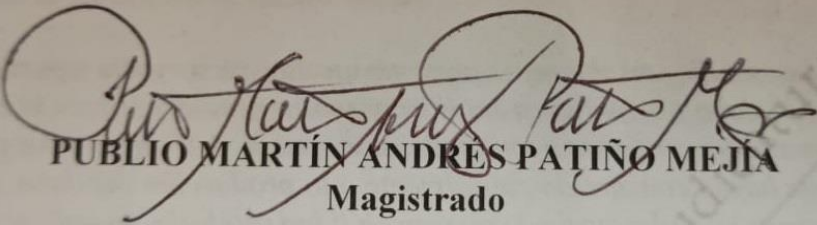
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

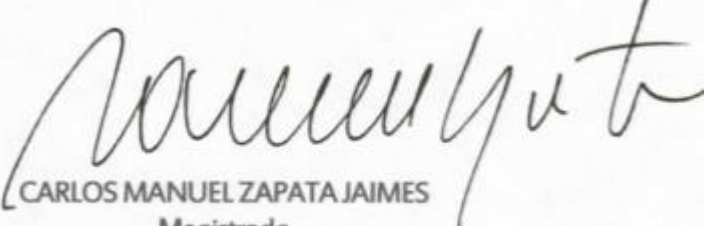
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:107

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00121-02
Demandante:	Adriana Benjumea López
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana Benjumea López contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 1 de abril de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-172 del 08 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Inexistencia de la obligación” e “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 16, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como la sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928

de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 23, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que

siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 27 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$4.445.102,00; intereses a las cesantías \$979.942, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-172 del 08 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

¹³ Anexos demanda, archivo 03 exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana Benjumea López contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al

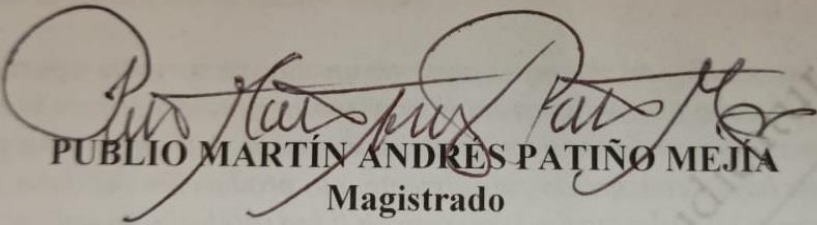
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

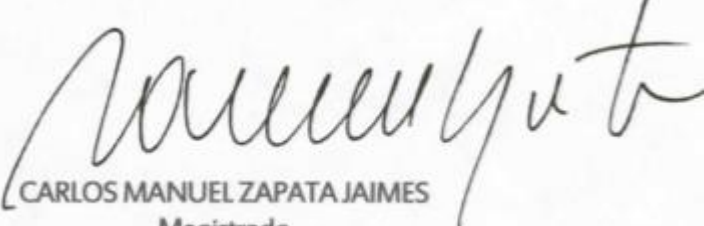
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:108

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00136-02
Demandante:	Juan Evangelista Cuaran Males
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Juan Evangelista Cuaran Males contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 8 de abril de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-529 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Inexistencia de la obligación” e “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 16, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como la sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928

de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 18, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a

restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 27 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$4.443.674,00; intereses a las cesantías \$755.585, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-529 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las

¹³ Anexos demanda, archivo 03 exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Juan Evangelista Cuaran Males contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al

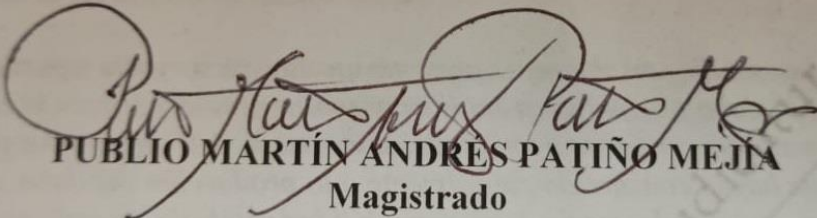
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

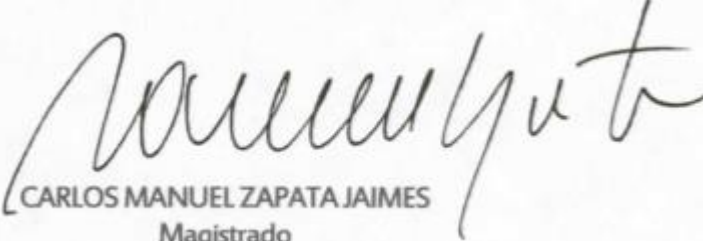
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:109

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00137-02
Demandante:	Luis Hernán Agudelo Agudelo
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Hernán Agudelo Agudelo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 8 de abril de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-535 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Inexistencia de la obligación” e “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG”*.

Departamento de Caldas:

No presentó respuesta a la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 17, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como la sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 19, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 27 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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.

De acuerdo con lo anterior, no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006 ⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado ⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$5.096.649,00; intereses a las cesantías \$1.176.437, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-535 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías,

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 03 exp. digital.

establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se

realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Hernan Agudelo Agudelo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

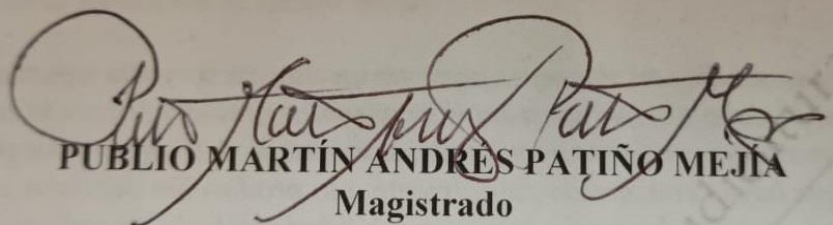
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

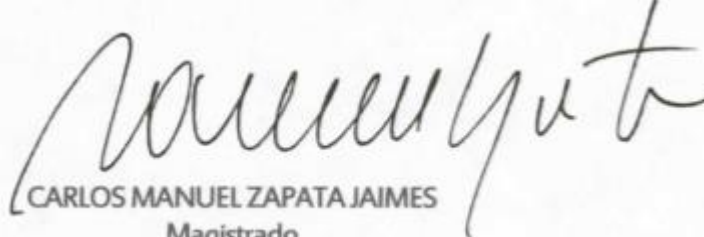
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131

FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:110

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00159-02
Demandante:	Alexandra Valencia Molina
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Alexandra Valencia Molina contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 26 de abril de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-783 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de

manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas:

No contestó la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 15, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como la sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 17, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la

Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 27 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales,

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2º. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de

cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

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

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

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$3.470.267,00; intereses a las cesantías \$126.318, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.
¹³ Anexos demanda, archivo 03 exp. digital.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio 783 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.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago

oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Alexandra Valencia Molina contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

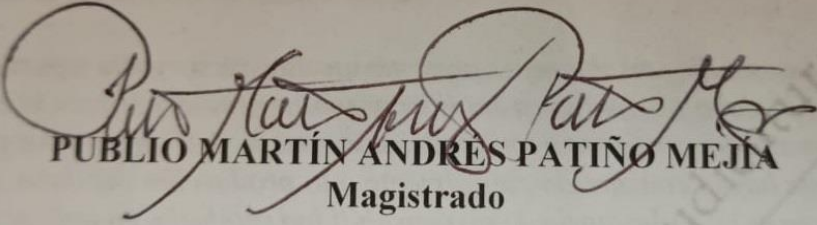
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

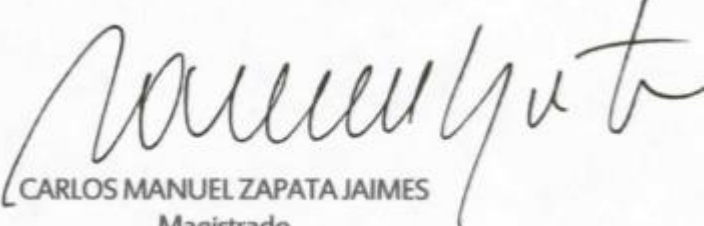
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131
FECHA: 01/08/2023


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:111

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2022-00186-02
Demandante:	Elsa Cristina Calderón Cardona
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 038 del 28 de julio de 2023

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Elsa Cristina Calderón Cardona contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 18 de mayo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el 24 de noviembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han 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.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 excepciones de mérito: *“Inexistencia de la obligación” e “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG”*.

Departamento de Caldas:

No contestó la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 19, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que a la parte demandante no le asististe derecho a que se le reconozcan y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ni la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías en la medida en que la Corte Constitucional, ya sentó jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, a través de la sentencia C – 928 de 2006, en la que expuso que de ninguna manera el legislador le desconoció a los docentes su derecho a recibir intereses por las cesantías; si no que la forma de calcularlos y cancelarlos no era igual a la establecida en la Ley 50 de 1990.

Expresó que la sentencia SU - 018 de 2018, se refirió a un caso particular, y sus efectos por ser de análisis de un caso concreto, resultan ser de efectos inter partes, y no erga omnes, como si resultan las consecuencias emanadas de una sentencia de control abstracto de constitucionalidad como la sentencia tipo C que emitió la Corte Constitucional en su pronunciamiento C – 928 de 2006.

Concluyó que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada de oficio la excepción que el despacho denomina: cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 21, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no

solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de mayo de 2023, y allegado el 17 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 17 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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.

De acuerdo con lo anterior, no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006 ⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado ⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- Se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$3.687.719,00; intereses a las cesantías \$925.585, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante acto ficto es negado lo solicitado por la demandante.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal,

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 03 exp. digital.

esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera,

de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Elsa Cristina Calderón Cardona contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

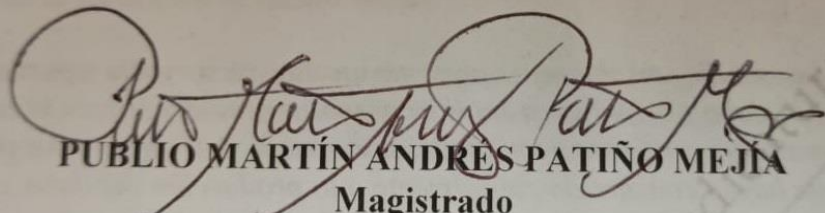
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 131

FECHA: 01/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

17001-23-33-000-2023-00101-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, treinta y uno (31) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 338

Se encuentra a Despacho para decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio de la acción popular instaura la señora **BEATRIZ ELENA ARANGO ARCILA** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES - UNIDAD DE GESTIÓN DE RIESGO** y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-**.

ANTECEDENTES

Mediante escrito visible en el PDF N° 02 del expediente digitalizado, solicita la parte actora la protección de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la seguridad y salubridad públicas, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, consagrados en los literales d), g) y l) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998. Y en consecuencia, solicita se ordene la adopción de medidas técnicas, administrativas y presupuestales necesarias para hacer cesar el riesgo.

Para sustentar sus pretensiones, la parte actora manifestó que en el Barrio 'Fátima' se encuentra ubicado un talud (Calle 68 # 35 A), que pone en riesgo las viviendas ubicadas tanto en la parte alta y en la base de la ladera, pues las lluvias han generado condiciones de inestabilidad del terreno provocando humedades y problemas de salud de los habitantes.

La demanda fue repartida, inicialmente, a la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales, quien con proveído visible en el PDF N° 03 del expediente digitalizado declaró la falta de competencia para conocer del presente asunto, en tanto obra como entidad demandada una entidad del orden nacional, como lo es la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-**.

CONSIDERACIONES**DE LA****SALA UNITARIA**

La Ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio de las acciones populares, asignó el conocimiento de las mismas, en primera instancia, a los Jueces Administrativos y a los Jueces Civiles de Circuito (artículo 16):

‘COMPETENCIA. De las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial al que pertenezca el Juez de primera instancia.

Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.’

/Líneas extra texto/.

De otro lado, en atención a los dictados del artículo 152, numeral 16, de la Ley 1437 de 2011:

‘Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...

16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas”. /Subraya la Sala/.

Como se indicó en los apartados que anteceden, si bien en el libelo introductor se incluye a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS, como entidad demandada, lo cierto es que en atención a los hechos y las pretensiones contenidas en aquel escrito no permiten vislumbrar de modo alguno cómo tal entidad, a la luz de los artículos 14 y 18 inciso final de la ley 472 de 1998, tiene legitimación para intervenir en la presente actuación en calidad de demandada, en virtud de una vulneración o amenaza de derechos colectivos en el sub-examine.

Lo anterior, cobra fuerza si se tiene que, conforme a los documentos allegados por la parte actora con el escrito inicial, obra el Oficio 2021-IE-00030519, con el cual CORPOCALDAS señala:

“Presencia de un talud de fuerte pendiente, localizado en la parte posterior de la vivienda, la cual se encuentra construida a 3.0 m aproximadamente de la corona del mismo. Durante la visita se pudo evidenciar que existen otras viviendas justo en la base del talud, así mismo, se pudo observar que a dicho talud, se le realizó una rocería recientemente, solicitada por un funcionario de EMAS, con el fin de poder ingresar y realizar mantenimiento a una zanja colectora existente hacia la parte media del mismo (...), finalmente se pudieron observar pequeños asentamientos hacia la corona del talud, sin observar grietas, ni afloramientos de agua.

RECOMENDACIONES

- Monitorear constantemente el sitio a fin de verificar posibles indicios de inestabilidad como agrietamientos, caso en el cual, deberán informar de inmediato al Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales o a la UGR.
- Mejorar las condiciones de estabilidad del talud, mediante la construcción de una pantalla anclada pasiva en concreto (...).

- Impermeabilizar el área del patio, por medio de una berma en concreto de 7 cm de espesor, con el fin de evitar la infiltración de aguas lluvias.
- Construcción de drenes subhorizontales, de mínimo 10 m de profundidad (longitud), ubicados hacia la base del talud.

(...)”.

A su vez, mediante Oficio N° UGR 1335-22 GED 33323-22, la Unidad de Gestión de Riesgo de Manizales se pronunció en los siguientes términos sobre el sector objeto de la presente acción popular:

“Nos permitimos informar que, desde la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales, se va a estudiar la posibilidad de incluir la ladera, ubicada en la parte posterior de la Calle 68 No 35A - 125, barrio Fátima y que hace parte del predio identificado con la Ficha Catastral No. 1020000018700600000000000, propiedad del MUNICIPIO DE MANIZALES (según registro IGAC 2021), en el inventario de necesidades de las obras tendientes a la mitigación del riesgo para ser ejecutadas en próximas vigencias fiscales y estando sujetas a la disponibilidad presupuestal y orden de prioridades. Como medida temporal y preventiva, se recomienda cubrir el área afectada, desde la corona del talud, sobre la cual se han dado ampliaciones de las viviendas del sector - con plástico de protección para mitigar los efectos de las aguas de escorrentía sobre el terreno durante las precipitaciones futuras.

(...)”

Quiere significar lo anterior, que la motivación para que obre como demandada CORPOCALDAS, se sustenta en el eventual acompañamiento técnico -que no vulneración o amenaza-, frente a las obras a realizar en el sector, situación que

no se acompasa con lo dispuesto en los señalados artículos 14 y 18 inciso final de la ley 472 de 1998.

Sobre el particular, ha de traerse a colación la sentencia proferida el 30 de agosto de 2017 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹, en la cual, al dirimir un conflicto negativo de jurisdicciones en acción popular, señaló:

“En consecuencia, es claro para la Corporación que la competencia para conocer de las acciones populares en acatamiento a lo dispuesto en la ley, se determina por quien en verdad pueda ser señalado como responsable directo de la vulneración del derecho colectivo de que se trate, quien debe en cada paso particular y en concreto para el asunto que nos ocupa, adelantar la obra pretendida por el accionante, siendo entonces, contra los causantes de la vulneración de los derechos colectivos que debe formularse la acción popular, pues son quienes deben garantizar los derechos colectivos dentro de la prestación del servicio que ofrece el particular demandado en sus dependencias, independientemente de la actividad que incumba adelantar las entidades públicas encargadas de protegerlos; tal que si bien pueden incurrir en esa función en alguna omisión, lo cierto es que tal omisión no constituye la causa directa de la vulneración”.

Por manera, al deberse admitir la demanda solamente contra el MUNICIPIO DE MANIZALES y no contra CORPOCALDAS, es que este Tribunal resulta incompetente para conocer del asunto a la luz de las disposiciones legales reproducidas líneas atrás; por ende, además de declararse la falta de competencia, se ordenará remitir la actuación al Juzgado 8° Administrativo de Manizales, para que continúe con el trámite de la presente actuación constitucional.

En razón de lo expuesto,

¹ Consejo Superior de la Judicatura – Sala Disciplinaria. Radicado 110010102-000-2016-03334-00. M.P. Magda Victoria Acosta Walteros, Agosto 30 de 2017.

RESUELVE

DECLÁRASE la falta de competencia de esta Corporación, para conocer de la demanda que en ejercicio de la acción popular ha presentado por la señora **BEATRIZ ELENA ARANGO ARCILA** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES - UNIDAD DE GESTIÓN DE RIESGO** y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-**.

DEVOLVER la actuación, a la mayor brevedad, al Juzgado 8° Administrativo de Manizales, para que continúe con el trámite de la presente actuación constitucional.

INFÓRMESE, para los fines que haya lugar, a la Oficina Judicial de Manizales.

HÁGANSE las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado