

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Segunda de Decisión Oral
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 219

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

Radicación	17 001 33 33 002 2013 00325 02
Clase:	Ejecutivo
Demandante:	José Hernán Alvarán Franco y Blanca Nubia Alvarán Franco
Demandado:	UGPP

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

I. Antecedentes

Mediante auto del 8 de agosto de 2022, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales resolvió no librar el mandamiento de pago deprecado por la parte actora considerando que *“la discusión que se plantea en esta ocasión si bien tiene su génesis en una orden contenida en la sentencia que se ejecuta, la misma trasciende a una nueva discusión no definida en la misma, esto es, el monto del porcentaje de los descuentos que deben hacerse y los periodos de descuento. Y esto es así al punto que la parte ejecutante discute el porcentaje deducido e invoca y analiza distintas disposiciones que a su juicio resultan aplicables. Recuérdense que el proceso ejecutivo, tal como se reseñó, tiene como propósito hacer efectiva una pretensión cierta pero insatisfecha, lo cual no se definió en las sentencias objeto de ejecución y que genera un nuevo debate legal, pues el monto a deducir dependerá de la o las normas aplicables al caso. Es decir, librar un mandamiento ejecutivo en los términos solicitados por el ejecutante llevaría implícitamente a definir la legalidad de los porcentajes que corresponden a la deducción por aportes que hizo la entidad. Para este Juzgado, el ejecutante pretende por la vía de la ejecución llevar a una decisión propia de un proceso declarativo en cuanto se defina el porcentaje legal que debe aplicarse a los descuentos por aportes no efectuados y el periodo de los mismos. Adicionalmente, para efectos de dichos descuentos el ahora ejecutante tiene la calidad de deudor, no de acreedor, por lo que en modo alguno está habilitado para realizar el cobro que ahora pretende pues según la sentencia, él sólo es acreedor de la reliquidación de la pensión por nuevos factores salariales.”*

Contra el referido proveído la parte ejecutante interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien es cierto que aquella estaba en la obligación de realizar el pago de los descuentos por aportes a pensión, también lo es que la entidad debió regirse a lo dicho por el Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito de Manizales mediante sentencia confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, Sala Sexta de Decisión, de conformidad con la cual la ejecutada debía determinar los factores salariales devengados por la demandante, y de éstos, definir a cuáles no se les había efectuado el debido descuento; carga que según dice, no se cumplió.

Agrega que la UGPP no podía presumir la falta de pago de aportes; en su lugar, debió adquirir, reunir y aportar el documento idóneo que demostrara ese hecho, el cual podía

ser expedido por la última entidad en donde laboró la parte demandante y con fundamento en el cual se debió demostrar entonces que en el periodo del 01 de septiembre de 1978 y 30 de agosto de 1999 no se le efectuaron deducciones en pensión en los términos de las leyes 4° de 1966, 33 y 62 de 1985, 100 de 1993 y Decreto 692 de 1994, que eran las normas vigentes para esos periodos.

Así mismo, estima que, para efectos de los descuentos por aportes, la UGPP debió ajustarse estrictamente a los parámetros establecidos en la normatividad vigente para cada periodo. Expone que los siguientes eran los parámetros que debió observar la entidad para tales efectos:

- 1. Se realice una liquidación sobre la proporción que corresponde a la pensión del CINCO por ciento (5%) de aportes que estimaba la normatividad vigente (ley 4° de 1966, ley 33 de 1985), del tiempo laborado entre el 01 de septiembre de 1978 y 31 de marzo de 1994.*
- 2. Se realice una liquidación sobre la proporción que corresponde a la pensión del Once punto cinco por ciento (11.5%) de aportes en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, del tiempo laborado entre el 1 de abril de 1994 y 31 de diciembre de 1994.*
- 3. Se realice una liquidación sobre la proporción que corresponde a la pensión del doce puntos cinco por ciento (12.5%) de aportes en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, del tiempo laborado entre el 1 de enero de 1995 y 31 de diciembre de 1995.*
- 4. Se realice una liquidación sobre la proporción que corresponde a la pensión del trece punto cinco por ciento (13.5%) de aportes en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, del tiempo laborado entre el 1 de enero de 1996 y 30 de agosto de 1999.*

Por lo anterior, y demostrado que la UGPP realizó una liquidación y deducción por aportes a pensión de forma irregular, apartándose de la orden judicial, sin prueba alguna que demostrara que respecto de algunos periodos no se efectuaron las deducciones legales y sin la aplicación del ordenamiento jurídico que para cada periodo regulaba esa situación; por el contrario, adoptó un procedimiento no regulado en la ley.

Añade a lo ya expresado, que las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que emanen de autoridad judicial competente constituyen por sí mismas un título ejecutivo y no requieren, salvo las excepciones de Ley, que se fije la condena a través de una suma dineraria específica para que pueda establecerse su valor real o demandarse ejecutivamente, pues la obligatoriedad y el carácter ejecutivo de las decisiones proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo se desprende de su firmeza y que no haya perdido su fuerza ejecutoria, de conformidad a los Artículos 87 y 91 C.P.A.C.A.

Trae a colación varios pronunciamientos de autoridades judiciales en torno al tema y con base en todo ello solicita la revocatoria del auto apelado.

II. Consideraciones de la Sala

1. Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto.

De conformidad con el artículo 321 numeral 4 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa establecida en el parágrafo segundo del artículo 243 del CPACA¹, tratándose de procesos ejecutivos son apelables los autos que nieguen total o parcialmente el mandamiento de pago.

En ese orden de ideas, contra el auto interlocutorio del 8 de agosto de 2022 por medio del cual se negó el mandamiento de pago, procede recurso de apelación.

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

2. De los requisitos de existencia del título ejecutivo judicial²

Por expresa disposición de los artículos 298, 299 y 306 del CPACA, tratándose de los aspectos no contemplados en nuestro estatuto procesal, se hace imperioso acudir a lo dispuesto en el Código General del Proceso, y por tal motivo, a efecto de recordar cuales son los requisitos generales del título ejecutivo, se considera procedente citar los siguientes artículos:

Ley 1437 de 2011.

Artículo 297. Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias. [...]

Ley 1564 de 2012.

Artículo 422. Título Ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184. [...]

De lo anterior se puede inferir que son requisitos sine qua non del título ejecutivo, el que contenga una obligación i) expresa, ii) clara y iii) exigible.

Respecto de estos tres elementos, la jurisprudencia del Consejo de Estado³ ha dicho lo siguiente:

[...] La obligación es expresa si se encuentra especificada en el título y no es el resultado de una presunción legal o una interpretación normativa. Es clara cuando sus elementos aparecen inequívocamente señalados, sin que exista duda con respecto al objeto o sujetos de la obligación. Y, es exigible únicamente es ejecutable cuando no depende del cumplimiento de un plazo o condición o cuando dependiendo de ellos ya se han cumplido. [...]

En similares términos la Corte Constitucional⁴ al referirse a los requisitos esenciales del título, dijo lo siguiente:

[...] Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa

² Al tenor del artículo 297 del CPACA, para los efectos de nuestro régimen procesal y sustantivo, constituyen título ejecutivo las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condena a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-27-000-2011-00178-01(19250) Actor: Clínica Del Country S.A. Demandado: Secretaria De Hacienda Distrital.

⁴ Sentencia T-747/13, referencia: expediente T-3.970.756, Acción de Tutela interpuesta por María Rita Carreño Rosso contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013).

cuando de la redacción misma del documento, aparece *nítida y manifiesta la obligación*. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, *si se trata de una obligación pura y simple ya declarada* [...]

Así mismo, de la lectura de las normas antes citadas, también se infiere que es imprescindible que los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, provengan del deudor o de su causante; o de una condena proferida por un juez o tribunal y deben constituir plena prueba contra él. Así mismo, deben contener una prestación en beneficio de una persona determinada⁵.

3. De los requisitos para decretar el mandamiento ejecutivo.

Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condena a una entidad pública al pago de sumas dinerarias, constituyen un título de recaudo ejecutable⁶ ante esta jurisdicción⁷. Las obligaciones en ellas impuestas no solamente pueden ser obligaciones de dar (sumas de dinero determinadas o determinables), sino, además, obligaciones de hacer o no hacer.

En cuanto al estudio que debe surtir en este tipo de actuaciones judiciales, - generalmente la relacionada con el mandamiento ejecutivo-, el juez debe centrar su atención en establecer si: i) la demanda fue interpuesta en la jurisdicción correspondiente y ante el juez competente, ii) el término para la presentación de la demanda ante esta jurisdicción no ha vencido, y, iii) la demanda formulada por el ejecutante cumple con los requisitos mínimos señalados en la ley⁸. (requisitos formales)

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

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

Respecto de los requisitos que debe reunir el título ejecutivo para que proceda la orden de mandamiento de pago, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido⁹:

“...Reiteradamente, la jurisprudencia¹⁰, ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. Las formales se refieren a los documentos que dan

⁵ Respecto de esta expresión, la Corte Constitucional señaló que es necesario que exista a favor del acreedor una condición de hacer, no hacer o de dar. Sentencia T 747 de 2013.

⁶ Numeral 1 del artículo 297 del CPACA

⁷ El numeral 6, artículo 104 del CPACA señala entre otras, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de [...] Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas [...]

⁸ Designación de las partes y sus representantes, pretensiones precisas y claras, hechos y omisiones, fundamentos de derecho de las pretensiones, pruebas, estimación razonada de la cuantía y lugar y dirección de las partes procesales para recibir las respectivas notificaciones.

⁹ Sección Tercera. Auto del once (11) de octubre de dos mil seis. Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Auto de 4 de mayo de 2002, expediente 15679.

cuenta de la existencia de la obligación, los cuales deben ser auténticos y emanar del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior encuentra eco en el siguiente proveído del Consejo de Estado¹¹:

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

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección A Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022) Referencia: Proceso Ejecutivo Radicación: 440012333000201200028011 (3161-2013)

34. Al respecto, esta Subsección¹² ha recalcado que tales excepciones son taxativas y deben basarse en hechos posteriores a la respectiva providencia, lo que permite concluir que la ley no contempló la posibilidad de alegar la ilegalidad del título que contiene la obligación que se ejecuta y que «[...] se fundamenta en que más allá de determinar el cumplimiento de los requisitos de tipo formal y sustancial, el juez de la ejecución parte de la base de que el título que se exige cumplir declara la vigencia de un derecho que no se discute en la instancia de la ejecución». Esto con base en el siguiente razonamiento¹³ que se cita in extenso por su importancia para el análisis del problema jurídico:

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

Además, tal y como se señaló en la providencia transcrita, se le daría al proceso ejecutivo un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, se arrogaría una función no autorizada y se desconocerían los términos previstos para la formulación del juicio de legalidad.¹⁴

En consecuencia, procederá el Despacho a estudiar el contenido del título ejecutivo y la solicitud de mandamiento de pago, para establecer si cumplen con los requisitos mencionados.

4. Contenido del título ejecutivo en el sub examine.

En título ejecutivo judicial que se arrima al proceso es el contenido en la sentencia del 10 de agosto de 2015 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales y confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas el 18 de agosto de 2016, por medio de la cual se ordena reliquidar la pensión de jubilación que devengaba el señor Mario de Jesús Alvarán Sánchez, con el promedio de los factores salariales devengados en el año estatus, ordenándose además, se efectúen los descuentos de los aportes sobre factores salariales a incluir en la pensión de jubilación del demandante respecto a los cuales no se hizo deducción alguna; textualmente se resolvió en la sentencia:

PRIMERO: SE DECLARA LA NULIDAD del acto ficto originado en el derecho de petición elevado ante la UGPP por el accionante el 11 de abril de 2012 y la Resolución No. 018858 del 10 de diciembre de 2012, proferidos por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, mediante las cuales se resolvió de manera desfavorable las pretensiones del demandante, tendientes a la reliquidación de su pensión mensual vitalicia de jubilación con inclusión de todos factores devengados durante el último año de servicios, por las razones expuestas.

¹² Sentencia de 11 de noviembre de 2021, dentro del proceso 70001 -23-31 -000- 2007- 00165- 01(05 97-13), con ponencia del Consejero, Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

¹³ Ibidem

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 18 de marzo de 2010, radicado 25 000 23 26 000 1997 0469 401 22339), M. P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, reliquidar a favor del señor MARIO DE JESÚS ALVARÁN SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No 1.319.805, la pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución No. 008500 del 15 de julio de 1999, reliquidada mediante Resolución No. 023987 del 26 de octubre de 2000, teniendo en cuenta auxilio de transporte, prima de alimentación, sobresueldo recargo nocturno, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, conceptos devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del derecho. Tal reliquidación se hará a partir de la fecha de retiro pero con efectos fiscales a partir del 11 de abril de 2009, además se debe aplicar el ingreso base de cotización sobre el último año de servicios.

*Los anteriores valores debe pagarlos dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexados, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes, **incluyendo los descuentos por aportes que no hubiere efectuado el demandante.** /rft/*

Como se desprende del contenido de la orden impartida en la sentencia proferida en el proceso ordinario, la UGPP quedó facultada para realizar los descuentos por aportes que no hubiere efectuado el demandante sobre los nuevos factores a incluir en la reliquidación de su pensión.

Ahora bien, ni la parte considerativa ni la resolutive de la sentencia susodicha se ocupa de ahondar sobre la prueba en torno a si se hicieron o no descuentos al sistema sobre los nuevos factores a incluir en la reliquidación pensional; tal verificación, por tanto, le corresponde a la UGPP y contraprobarla, si es del caso, al pensionado.

No obstante, el sólo hecho de tener que acudir a elementos de prueba no analizados en la sentencia y a posiciones jurídicas en torno a la interpretación y aplicación de la norma en materia de descuentos al sistema de seguridad social en pensiones - tampoco controvertidas o analizadas en el proceso ordinario -, hacen inviable el mandamiento de pago con base en aquella.

Los actos de ejecución con base en los cuales la UGPP pretende dar cumplimiento a la sentencia, introducen una discusión en punto a los descuentos por aportes que en este caso se deben realizar. Es así como, por ejemplo, en la Resolución RDP 11696 del 4 de abril de 2018, la UGPP, al negar una solicitud del demandante, la entidad expresa:

“Es importante señalar y reiterar que contra la decisión del operador judicial a realizar los descuentos por aportes sobre aquellos factores a los cuales no se les aplicó, el peticionario no interpuso recurso de apelación en el sentido que se aplicara prescripción o se verificara la orden de realizar descuentos por aportes por lo cual esta entidad debe realizar el cobro por los aportes que no se realizaron para pensión al incluir la totalidad de los factores ordenados por el fallo objeto de cumplimiento.” /Archivo 02/

Tal y como se hace ver en primera instancia a través de la jurisprudencia invocada, si bien el título cumple con los requisitos formales en tanto se trata de una sentencia

debidamente ejecutoriada, no ocurre lo mismo con los requisitos sustanciales, toda vez que la orden de reajuste carece del requisito de claridad y expresividad, circunstancia que impide tener por configurado el título ejecutivo.

Y si en gracia de discusión se dijera que la obligación en punto a los reajustes puede ser determinable, habría que concluir en todo caso que los actos administrativos expedidos en vía administrativa - con los cuales se pretende dar cumplimiento a la sentencia – dejan de ser simples actos de ejecución desde el mismo momento en que se apartan del preciso contenido y alcance de aquella, desbordándola; evento en el cual, éstos pasan a ser objeto de controversia a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En suma, no se cumplen los requisitos para librar mandamiento de pago en este caso y por lo tanto, sin necesidad de consideraciones adicionales, se procederá a confirmar el auto impugnado.

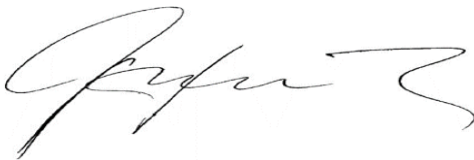
Por lo expuesto, La Sala Segunda de Decisión,

III. Resuelve

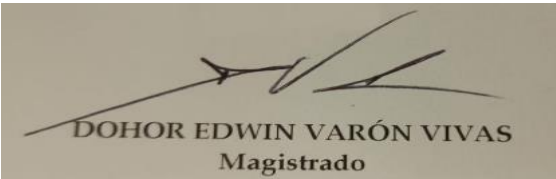
Primero: Confirmar el auto del 8 de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se negó el mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo en referencia.

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

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

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

A.I. 220

RADICADO: 17001-33-39-006-2013-00643-02
 NATURALEZA: Proceso Ejecutivo
 EJECUTANTE: Martha Lucía Ortiz Zuluaga
 EJECUTADO: UGPP

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra la decisión mediante la cual se dispuso no librar el mandamiento de pago solicitado.

I. Antecedentes.

Mediante auto del 29 de septiembre de 2022, el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales dispuso negar el mandamiento de pago deprecado por la parte ejecutante, señalando en síntesis que las sumas que fueron canceladas por la UGPP en cumplimiento de la sentencia arribada como título ejecutivo cubrieron la totalidad de las sumas causadas por concepto de intereses moratorios; incluso, existe un saldo a favor de la entidad por valor de \$678.203. Al respecto consideró:

Así las cosas, sobre el capital (cuyo valor no está en discusión), se debe proceder al cálculo de los intereses moratorios causados desde la fecha de ejecutoria de la sentencia, cesando dicho cálculo desde el 12 de julio de 2016 hasta la fecha de presentación de la cuenta de cobro, esto es, hasta el 21 de diciembre de 2016, calculando intereses desde esta fecha hasta el 30 de marzo de 2018 y desde el 01 de abril de 2018 al 01 de noviembre de 2019 y del 02 de noviembre de 2019 al 07 de febrero de 2022, pues debe tenerse en cuenta el pago realizado en el mes de abril de 2018, el pago realizado en el mes de noviembre de 2019 y el pago de intereses mencionado por la parte demandante el 07 de febrero de 2022 por el valor de \$1.862.363.19; sobre lo cual se obtiene la siguiente liquidación:

Año	Mes	Día	Pago	Intereses Corrientes	Intereses Moratorios	Intereses Moratorios	Intereses Moratorios
2016	Abril	12	20.54	1.569%	\$ 199.370	\$ 199.370	
2016	Mayo	30	20.54	1.569%	\$ 199.370	\$ 199.370	
2016	Junio	30	20.54	1.569%	\$ 199.370	\$ 199.370	
2016	Julio	12	21.34	1.525%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2016	Agosto	30	21.34	1.525%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2016	Septiembre	30	21.34	1.525%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2016	Octubre	30	21.34	1.525%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2016	Noviembre	30	21.34	1.525%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2016	Diciembre	12	21.89	1.670%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Enero	30	22.34	1.684%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Febrero	30	22.34	1.684%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Marzo	30	22.34	1.684%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Abril	30	22.34	1.684%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Mayo	30	22.34	1.684%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Junio	30	22.34	1.684%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Julio	30	21.89	1.670%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Agosto	30	21.89	1.670%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Septiembre	30	21.89	1.670%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Octubre	30	21.15	1.624%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Noviembre	30	20.96	1.588%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2017	Diciembre	30	20.77	1.552%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Enero	30	20.69	1.516%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Febrero	30	21.01	1.580%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Marzo	30	20.68	1.579%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Abril	1	20.48	1.565%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Mayo	30	20.48	1.565%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Junio	30	20.44	1.562%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Julio	30	20.28	1.537%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Agosto	30	20.03	1.537%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Septiembre	30	19.84	1.527%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Octubre	30	19.81	1.518%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Noviembre	30	19.63	1.505%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2018	Diciembre	30	19.49	1.486%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Enero	30	19.10	1.472%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Febrero	30	19.70	1.510%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Marzo	30	19.37	1.488%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Abril	30	19.32	1.487%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Mayo	30	19.34	1.484%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Junio	30	19.30	1.481%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Julio	30	19.29	1.480%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Agosto	30	19.32	1.487%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Septiembre	30	19.32	1.487%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Octubre	30	19.10	1.467%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Noviembre	1	19.03	1.462%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2019	Diciembre	29	18.77	1.444%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Enero	30	18.81	1.444%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Febrero	30	18.77	1.444%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Marzo	30	18.85	1.457%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Abril	30	18.69	1.438%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Mayo	30	18.19	1.402%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Junio	30	18.12	1.397%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Julio	30	18.12	1.397%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Agosto	30	18.29	1.419%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Septiembre	30	18.35	1.414%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Octubre	30	18.09	1.395%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Noviembre	30	17.84	1.377%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2020	Diciembre	30	17.45	1.350%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Enero	30	17.32	1.340%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Febrero	30	17.44	1.366%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Marzo	30	17.41	1.347%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Abril	30	17.31	1.339%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Mayo	30	17.27	1.333%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Junio	30	17.21	1.324%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Julio	30	17.18	1.319%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Agosto	30	17.24	1.344%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Septiembre	30	17.19	1.331%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Octubre	30	17.06	1.322%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Noviembre	30	17.27	1.358%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2021	Diciembre	30	17.46	1.394%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2022	Enero	30	17.80	1.464%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2022	Febrero	7	18.30	1.412%	\$ 1.505.950	\$ 1.505.950	
2022	Marzo	7	1.862.363.19				
Concepto				Valor			
Total				\$ 1.862.363.19			

Ante esta decisión el ejecutante interpuso apelación señalando que la entidad demandada UGPP dio cumplimiento al fallo mediante la Resolución RDP 003346 del 31 de noviembre (sic) de 2018 y posteriormente mediante Resolución RDP 026542 del 04 de septiembre de 2019, reconociendo el pago de unas mesadas causadas y no cobradas; así mismo, pagó a la ejecutante la suma de \$1.862.363,19 por concepto de intereses moratorios, suma inferior a lo pretendido en el presente asunto, pues según la ejecutante, al liquidar los intereses moratorios por la primera inclusión se obtiene la suma de \$4.180.733,98, y por la segunda inclusión calcula la suma de \$8.777.844.90, para un total de intereses adeudados por la entidad de \$12.958.578,88, conforme a las liquidaciones aportadas como anexos en la demanda.

Advierte que el Juzgado, mediante providencia de 29 de septiembre de 2022, liquidó los intereses moratorios por un solo periodo, esto es, desde el 12 de abril de 2016 hasta el 7 de febrero de 2022, teniendo en cuenta el capital de \$18.564.767 hasta el 01 de abril de 2018 y posteriormente liquida con el capital de \$13.203.438 hasta el 01 de noviembre de 2019, generando la suma irrisoria de \$1.184.160 por intereses moratorios y concluyendo que la entidad canceló de más la suma de \$678.203, lo cual, a su juicio, es inaceptable pues éstos deben ser liquidados de manera individual e independiente con su respectivo capital, respetando la fecha de inicio del periodo a liquidar que para ambas liquidaciones corresponde el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha anterior del mes de la inclusión en nómina.

En consecuencia, solicita se revoque la providencia recurrida y, en consecuencia, se ordene librar mandamiento de pago por los intereses moratorios de que trata el artículo 192 del C.P.A.C.A, de conformidad a lo ordenado en el numeral quinto del resuelve de la sentencia calendada 17 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Manizales, hoy Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Manizales, modificada por el Tribunal Administrativo de Caldas, teniendo en cuenta que en el presente asunto hubo dos inclusiones en nómina.

II. Consideraciones de la Sala

1. De los requisitos de existencia del título ejecutivo judicial¹

Por expresa disposición de los artículos 298, 299 y 306 del CPACA, tratándose de los aspectos no contemplados en nuestro estatuto procesal, se hace imperioso acudir a lo dispuesto en el Código General del Proceso, y por tal motivo, a efecto de recordar cuales son los requisitos generales del título ejecutivo, se considera procedente citar los siguientes artículos:

Ley 1437 de 2011.

Artículo 297. Título Ejecutivo. *Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:*

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias. [...]

Ley 1564 de 2012.

Artículo 422. Título Ejecutivo. *Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él,*

¹ Al tenor del artículo 297 del CPACA, para los efectos de nuestro régimen procesal y sustantivo, constituyen título ejecutivo las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condena a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184. [...]

De lo anterior se puede inferir que son requisitos sine qua non del título ejecutivo, el que contenga una obligación i) expresa, ii) clara y iii) exigible.

Respecto de estos tres elementos, la jurisprudencia del Consejo de Estado² ha dicho lo siguiente:

[...] La obligación es expresa si se encuentra especificada en el título y no es el resultado de una presunción legal o una interpretación normativa. Es clara cuando sus elementos aparecen inequívocamente señalados, sin que exista duda con respecto al objeto o sujetos de la obligación. Y, es exigible únicamente es ejecutable cuando no depende del cumplimiento de un plazo o condición o cuando dependiendo de ellos ya se han cumplido. [...]

En similares términos la Corte Constitucional³ al referirse a los requisitos esenciales del título, dijo lo siguiente:

[...] Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada [...]

Así mismo, de la lectura de las normas antes citadas, también se infiere que es imprescindible que los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, provengan del deudor o de su causante; o de una condena proferida por un juez o tribunal y deben constituir plena prueba contra él. Así mismo, deben contener una prestación en beneficio de una persona determinada⁴.

2. De los requisitos para decretar el mandamiento ejecutivo.

Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condena a una entidad pública al pago de sumas dinerarias, constituyen un título de recaudo ejecutable⁵ ante esta jurisdicción⁶.

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

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-27-000-2011-00178-01(19250) Actor: Clínica Del Country S.A. Demandado: Secretaría De Hacienda Distrital.

³ Sentencia T-747/13, referencia: expediente T-3.970.756, Acción de Tutela interpuesta por María Rita Carreño Rosso contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Tunja. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013).

⁴ Respecto de esta expresión, la Corte Constitucional señaló que es necesario que exista a favor del acreedor una condición de hacer, no hacer o de dar. Sentencia T 747 de 2013.

⁵ Numeral 1 del artículo 297 del CPACA

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

ejecutante cumple con los requisitos mínimos señalados en la ley⁷.

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

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

Respecto de los requisitos que debe reunir el título ejecutivo para que proceda la orden de mandamiento de pago, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido⁸:

“...Reiteradamente, la jurisprudencia⁹, ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. Las formales se refieren a los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, los cuales deben ser auténticos y emanar del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

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

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

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

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

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

⁷Designación de las partes y sus representantes, pretensiones precisas y claras, hechos y omisiones, fundamentos de derecho de las pretensiones, pruebas, estimación razonada de la cuantía y lugar y dirección de las partes procesales para recibir las respectivas notificaciones.

⁸ Sección Tercera. Auto del once (11) de octubre de dos mil seis. Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Auto de 4 de mayo de 2002, expediente 15679.

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

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

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

Lo anterior encuentra eco en el siguiente proveído del Consejo de Estado¹⁰:

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

34. Al respecto, esta Subsección¹¹ ha recalcado que tales excepciones son taxativas y deben basarse en hechos posteriores a la respectiva providencia, lo que permite concluir que la ley no contempló la posibilidad de alegar la ilegalidad del título que contiene la obligación que se ejecuta y que «[...] se fundamenta en que más allá de determinar el cumplimiento de los requisitos de tipo formal y sustancial, el juez de la ejecución parte de la base de que el título que se exige cumplir declara la vigencia de un derecho que no se discute en la instancia de la ejecución». Esto con base en el siguiente razonamiento¹² que se cita in extenso por su importancia para el análisis del problema jurídico:

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

Además, tal y como se señaló en la providencia transcrita, se le daría al proceso ejecutivo un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, se arrogaría una función no autorizada y se desconocerían los términos previstos para la formulación del juicio de legalidad.¹³

En consecuencia, procederá el Despacho a estudiar el contenido del título ejecutivo y la solicitud de mandamiento de pago, para establecer si cumplen con los requisitos mencionados.

3. Contenido del título ejecutivo en el sub examine.

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección A Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022) Referencia: Proceso Ejecutivo Radicación: 440012333000201200028011 (3161-2013)

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

¹² Ibidem

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 18 de marzo de 2010, radicado 25 000 23 26 000 1997 0469 401 22339), M. P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

En título ejecutivo judicial que se arrima al proceso es el contenido en la sentencia del 17 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Manizales, modificada por el Tribunal Administrativo de Caldas el día 4 de abril de 2016, ordenando reliquidar la pensión de jubilación que devengaba la señora Martha Lucía Ortiz Giraldo, con el promedio de los factores salariales devengados entre el 1 de junio de 1998 y el 31 de mayo de 1999, incluyendo además de la asignación básica, la bonificación de servicios prestados y la prima de antigüedad, el auxilio de alimentación, bonificación, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, ordenándose además, se efectúen los descuentos de los aportes sobre factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de la demandante respecto a los cuales no se hizo deducción alguna; los que asumirá la pensionada en la proporción de ley.

3.1. Lo pretendido en la demanda ejecutiva.

Entre tanto, la demanda ejecutiva pretende lo siguiente:

"(...)

Se libre mandamiento ejecutivo de pago a favor de la señora MARTHA LUCIA ORTIZ ZULUAGA y en contra de la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES -UGPP-, representada legalmente por el Doctor JUAN CARLOS HENAO PEREZ y/o quien haga sus veces o este designe, por los siguientes conceptos y sumas de dinero relacionados a continuación.

1. Por la suma de ONCE MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS QUINCE PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS MICTE (\$11.096.215.69), por concepto de saldo de intereses moratorios derivados de la sentencia judicial proferida por el Juzgado Primero Administrativo de descongestión del Circuito de Manizales, modificada por el Tribunal Administrativo de Caldas el 04 de abril de 2016, la cual quedó debidamente ejecutoriada con fecha 14 de octubre de 2016, intereses que se causaron en el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2016 al 30 de marzo de 2018 y los intereses causados entre el 15 de octubre de 2016 al 30 de septiembre de 2019, de conformidad con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA. (Derogado por la ley 2080 de 2021, artículo 87).

2. La anterior suma deberá ser indexada desde el 01 de abril de 2018, fecha siguiente al mes de inclusión en nómina, hasta que se verifique el pago total de la misma.

3. Se condene en costas a la parte demandada.

"(...)"

3.2. Auto que negó el mandamiento ejecutivo.

Como se dijo en precedencia, mediante auto del 29 de septiembre de 2022, el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales dispuso negar el mandamiento de pago deprecado por la parte ejecutante, señalando que las sumas que fueron canceladas por la UGPP en cumplimiento de la sentencia arribada como título ejecutivo cubrieron la totalidad de las sumas causadas por concepto de intereses moratorios; incluso, que existe un saldo a favor de la entidad por valor de \$678.203.

Ahora bien, conforme a lo verificado en primera instancia, se tiene que:

- ✚ La sentencia a favor de la demandante, cobró ejecutoria el 12 de abril de 2016 y no el 14 de octubre de 2016 como erradamente se señala en la demanda y como lo sostiene la propia UGPP. (PDF 002. Fl. 013).
- ✚ Se solicitó el cumplimiento de la sentencia, en procura de hacer efectiva la condena, el 21 de diciembre de 2016. (PDF 002. Fl. 075).
- ✚ La UGPP, mediante Resolución Nro. RDP 013356 del 30 de marzo de 2017, dio cumplimiento a fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Manizales el 17 de septiembre de 2014, modificado por el Tribunal Administrativo de Caldas el 04 de abril de 2016, reliquidando la pensión de la señora Martha Lucía Ortiz Zuluaga con fecha de efectividad al 29 de abril de 2002 y con efectos fiscales a partir del 10 de enero de 2010 por prescripción trienal. (PDF 002. Fl. 092).
- ✚ Mediante Resolución RDP 045179 del 30 de noviembre de 2017, la UGPP, reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobreviviente a la señora Blanca Zuluaga De Ortiz, con ocasión del fallecimiento de la señora MARTHA Lucia Ortiz Zuluaga y mediante resolución RDP 003346 del 31 de enero de 2018, se modificó el artículo segundo del acto de reconocimiento de la pensión de sobreviviente, reconociendo y ordenando el pago de la pensión a partir del 17 de marzo de 2017, día siguientes al fallecimiento de la causante en la cuantía que establece la resolución de cumplimiento del fallo con un porcentaje del 100%. (PDF 002. Fl. 085 - 101).
- ✚ En el mes de abril del año 2018, la Unidad de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales -UGPP, incluyó en nómina el acto administrativo citado, cancelando a la demandante la suma de \$18.564.767.
- ✚ El día 04 de septiembre de 2019, la UGPP, mediante acto administrativo reconoce pagar a la señora Blanca Zuluaga de Ortiz, las mesadas causadas y no cobradas en un porcentaje del 100% en calidad de heredera.
- ✚ La inclusión en nómina de la resolución RDP nro. 26542 del 04 de septiembre de 2019, se hizo el 01 de noviembre de 2019, conforme la liquidación detallada de pagos que obra a folio 107 PDF 002; allí se reconoció una mesada pensional al 2019 de \$1.524.513.81; periodo de liquidación del 10 de enero de 2010 al 16 de marzo de 2017; retroactivo de \$12.859.477.79, indexación \$1.865.375.14, descuentos por salud de \$1.521.414.52 para un total reportado de \$13.203.436.09.
- ✚ La inclusión en nómina de la resolución RDP nro. 3346 del 31 de enero de 2018, que se hizo en el mes de abril de 2018, conforme la liquidación detallada de pagos que obra a folio 108 PDF 002, se reconoció una mesada pensional al 2018 de \$1.477.528.41; periodo de liquidación 17 de marzo de 2017 al 31 de marzo de 2018; retroactivo de \$20.709.197.56, descuentos por salud de \$2.1474.430.43 para un total reportado de \$18.564.767.13.
- ✚ Dentro de los pagos realizados, no se hizo reconocimiento y pago por concepto de intereses moratorios de conformidad con el artículo 192 del CPACA, los mismos que fueron ordenados dentro de la sentencia y reconocidos en el acto administrativo RDP 013356 del 30 de marzo de 2017.

🚩 Mediante resolución 190 del 07 de febrero de 2022 la UGPP ordena el pago de los intereses moratorios reconocidos en la resolución RDP 26542 del 04 de septiembre de 2019 por el valor de \$1.862.363.19.

Ahora bien, con fundamento en el artículo 430 del CGP, a cuyo tenor *“presentada la demanda, acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla con la obligación en la forma pedida si fuere procedente, o en la que aquél considere legal”*, procede esta Sala de Decisión a realizar la liquidación teniendo como premisas, las siguientes:

i) La sentencia ordenó un reajuste pensional en favor de la señora Martha Lucía Ortiz Zuluaga;

ii) A raíz del deceso de la señora Ortiz Zuluaga, la liquidación del reajuste pensional tiene dos momentos, a saber: el primero, entre el 10 de enero de 2010 y el 16 de marzo de 2017 (fecha de la muerte de la señora Ortiz Zuluaga); y el segundo, a partir del 17 de marzo de 2017;

iii) Comoquiera que la UGPP expidió las resoluciones en cumplimiento de la sentencia cuando ya había fallecido la señora Martha Lucía Ortiz Zuluaga, el crédito queda en favor de la señora Blanca Zuluaga de Ortiz (hija), así: en calidad de heredera tiene derecho al reajuste generado entre el 10 de enero de 2010 y el 16 de marzo de 2017; y en calidad de sustituta pensional a partir del 17 de marzo de 2017, aclarando que ello no implica que deba hacerse una liquidación separada respecto de cada periodo, pues se trata de un mismo crédito.

iv) Se realiza indexación de mesadas pensionales desde la fecha de efectividad (10 de enero de 2010) hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia (12 de abril de 2016) y liquidación de intereses a partir del siguiente día sobre el valor del reajuste o mayor valor de la mesada, pues así se desprende de la sentencia base de recaudo;

v) El capital (valor del reajuste debidamente indexado) comienza a generar intereses desde la ejecutoria de la sentencia; los primeros 10 meses a la tasa DTF y posteriormente a la tasa corriente moratoria; adicionalmente, si cumplidos los 3 meses desde la ejecutoria de la sentencia sin que se haya acudido a la entidad responsable de pago para hacerla efectiva, cesa la causación de intereses hasta que se presente la solicitud, de conformidad con el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A. En consecuencia, se tiene que la fecha de ejecutoria de la sentencia fue el 12 de abril de 2016 y la solicitud de cumplimiento de fallo 21 de diciembre de 2016, dando lugar a suspensión de intereses desde el 13 de julio de 2016 hasta el 20 de diciembre de 2016.

vi) Con respecto a los pagos realizados por la UGPP, se hace claridad que son aplicados al crédito, tal como lo dispone el artículo 1653 del Código Civil, esto es, primero a intereses y saldo a capital. Para efectos de la liquidación se tienen tres pagos identificados de la siguiente manera:

vii) Un primer pago por valor de \$ 18.564.767, en cumplimiento de la Resolución RDP003346, correspondiente a mesadas desde el 17 de marzo de 2017 al 31 de marzo de 2018, incluido en la nómina de abril de 2018, del cual se abona lo correspondiente al reajuste de las mesadas correspondiente a este período, por valor de \$ 1.679.271, conforme lo ordenado en el fallo de primera instancia, el cual es abonado a intereses.

viii) Un segundo pago por valor de \$ 13.203.438, en cumplimiento de la Resolución No. 26542, incluido en la nómina de noviembre de 2019, correspondiente al pago de reajuste desde el 10 de enero de 2010 a 16 de marzo de 2017, el cual es abonado así: \$ 7.823.152 a intereses y \$ 5.380.286 a capital.

ix) Un tercer y último pago por valor de \$1,862,363 se abona a intereses.

Teniendo claras tales premisas, se procede a realizar la liquidación detallada del crédito:

DIFERENCIA DE MESADAS:

AÑO	MESADA INI	MESADA FIN	DIFERENCIA	IPC
2002	634.213,50	710.034,00	75.820,50	6,99
2003	678.545,02	759.665,38	81.120,35	6,49
2004	722.582,60	808.967,66	86.385,06	5,50
2005	762.324,64	853.460,88	91.136,24	4,85
2006	799.297,38	894.853,73	95.556,35	4,48
2007	835.105,91	934.943,18	99.837,27	5,69
2008	882.623,43	988.141,45	105.518,02	7,67
2009	950.320,65	1.063.931,90	113.611,25	2,00
2010	969.327,06	1.085.210,53	115.883,47	3,17
2011	1.000.054,73	1.119.611,71	119.556,98	3,73
2012	1.037.356,77	1.161.373,23	124.016,45	2,44
2013	1.062.668,28	1.189.710,73	127.042,46	1,94
2014	1.083.284,04	1.212.791,12	129.507,08	3,66
2015	1.122.932,24	1.257.179,28	134.247,04	6,77
2016	1.198.954,75	1.342.290,31	143.335,56	5,75
2017	1.267.894,65	1.419.472,01	151.577,36	4,09
2018	1.319.751,54	1.477.528,41	157.776,87	3,18

INDEXACIÓN DE REAJUSTE DE MESADAS PENSIONALES DESDE FECHA DE EFECTOS FISCALES HASTA FECHA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA:

AÑO	MES	DÍAS	DIF. MESADA	AP SALUD	MESADA NETA	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR	VR INDEXADO	ACUMULADO
2010	ENERO	21	81,118	9,734	71,384	71.69	91.63	1.2781	91,239	91,239
2010	FEBRERO	30	115,883	13,906	101,977	72.28	91.63	1.2677	129,278	220,517
2010	MARZO	30	115,883	13,906	101,977	72.46	91.63	1.2646	128,957	349,473
2010	ABRIL	30	115,883	13,906	101,977	72.79	91.63	1.2588	128,372	477,845
2010	MAYO	30	115,883	13,906	101,977	72.87	91.63	1.2574	128,231	606,076
2010	JUNIO	30	115,883	13,906	101,977	72.95	91.63	1.2561	128,090	734,167
2010	JULIO	30	115,883	13,906	101,977	72.92	91.63	1.2566	128,143	862,310
2010	AGOSTO	30	115,883	13,906	101,977	73.00	91.63	1.2552	128,003	990,313
2010	SEPTIEMBRE	30	115,883	13,906	101,977	72.90	91.63	1.2569	128,178	1,118,491
2010	OCTUBRE	30	115,883	13,906	101,977	72.84	91.63	1.2580	128,284	1,246,775
2010	NOVIEMBRE	30	115,883	13,906	101,977	72.98	91.63	1.2555	128,038	1,374,812
2010	DICIEMBRE	30	115,883	13,906	101,977	73.45	91.63	1.2475	127,218	1,502,031
2011	ENERO	30	119,557	14,347	105,210	74.12	91.63	1.2362	130,065	1,632,096
2011	FEBRERO	30	119,557	14,347	105,210	74.57	91.63	1.2288	129,280	1,761,376
2011	MARZO	30	119,557	14,347	105,210	74.77	91.63	1.2255	128,934	1,890,310
2011	ABRIL	30	119,557	14,347	105,210	74.86	91.63	1.2240	128,779	2,019,089
2011	MAYO	30	119,557	14,347	105,210	75.07	91.63	1.2206	128,419	2,147,508
2011	JUNIO	30	119,557	14,347	105,210	75.31	91.63	1.2167	128,010	2,275,517
2011	JULIO	30	119,557	14,347	105,210	75.42	91.63	1.2149	127,823	2,403,340
2011	AGOSTO	30	119,557	14,347	105,210	75.39	91.63	1.2154	127,874	2,531,214
2011	SEPTIEMBRE	30	119,557	14,347	105,210	75.62	91.63	1.2117	127,485	2,658,699
2011	OCTUBRE	30	119,557	14,347	105,210	75.77	91.63	1.2093	127,232	2,785,931

2011	NOVIEMBRE	30	119,557	14,347	105,210	75.87	91.63	1.2077	127,065	2,912,996
2011	DICIEMBRE	30	119,557	14,347	105,210	76.19	91.63	1.2027	126,531	3,039,527
2012	ENERO	30	124,016	14,882	109,134	76.75	91.63	1.1939	130,293	3,169,820
2012	FEBRERO	30	124,016	14,882	109,134	77.22	91.63	1.1866	129,500	3,299,320
2012	MARZO	30	124,016	14,882	109,134	77.31	91.63	1.1852	129,349	3,428,670
2012	ABRIL	30	124,016	14,882	109,134	77.42	91.63	1.1835	129,165	3,557,835
2012	MAYO	30	124,016	14,882	109,134	77.66	91.63	1.1799	128,766	3,686,602
2012	JUNIO	30	124,016	14,882	109,134	77.72	91.63	1.1790	128,667	3,815,268
2012	JULIO	30	124,016	14,882	109,134	77.7	91.63	1.1793	128,700	3,943,968
2012	AGOSTO	30	124,016	14,882	109,134	77.73	91.63	1.1788	128,650	4,072,619
2012	SEPTIEMBRE	30	124,016	14,882	109,134	77.96	91.63	1.1753	128,271	4,200,890
2012	OCTUBRE	30	124,016	14,882	109,134	78.08	91.63	1.1735	128,074	4,328,963
2012	NOVIEMBRE	30	124,016	14,882	109,134	77.98	91.63	1.1750	128,238	4,457,201
2012	DICIEMBRE	30	124,016	14,882	109,134	78.05	91.63	1.1740	128,123	4,585,324
2013	ENERO	30	127,042	15,245	111,797	78.28	91.63	1.1705	130,863	4,716,188
2013	FEBRERO	30	127,042	15,245	111,797	78.63	91.63	1.1653	130,281	4,846,469
2013	MARZO	30	127,042	15,245	111,797	78.79	91.63	1.1630	130,016	4,976,485
2013	ABRIL	30	127,042	15,245	111,797	78.99	91.63	1.1600	129,687	5,106,172
2013	MAYO	30	127,042	15,245	111,797	79.21	91.63	1.1568	129,327	5,235,499
2013	JUNIO	30	127,042	15,245	111,797	79.39	91.63	1.1542	129,034	5,364,533
2013	JULIO	30	127,042	15,245	111,797	79.43	91.63	1.1536	128,969	5,493,502
2013	AGOSTO	30	127,042	15,245	111,797	79.5	91.63	1.1526	128,855	5,622,357
2013	SEPTIEMBRE	30	127,042	15,245	111,797	79.73	91.63	1.1493	128,484	5,750,841
2013	OCTUBRE	30	127,042	15,245	111,797	79.52	91.63	1.1523	128,823	5,879,663
2013	NOVIEMBRE	30	127,042	15,245	111,797	79.35	91.63	1.1548	129,099	6,008,762
2013	DICIEMBRE	30	127,042	15,245	111,797	79.56	91.63	1.1517	128,758	6,137,520
2014	ENERO	30	129,507	15,541	113,966	79.95	91.63	1.1461	130,616	6,268,136
2014	FEBRERO	30	129,507	15,541	113,966	80.45	91.63	1.1390	129,804	6,397,940
2014	MARZO	30	129,507	15,541	113,966	80.77	91.63	1.1345	129,290	6,527,230
2014	ABRIL	30	129,507	15,541	113,966	81.14	91.63	1.1293	128,700	6,655,930
2014	MAYO	30	129,507	15,541	113,966	81.53	91.63	1.1239	128,084	6,784,014
2014	JUNIO	30	129,507	15,541	113,966	81.61	91.63	1.1228	127,959	6,911,973
2014	JULIO	30	129,507	15,541	113,966	81.73	91.63	1.1211	127,771	7,039,744
2014	AGOSTO	30	129,507	15,541	113,966	81.9	91.63	1.1188	127,506	7,167,250
2014	SEPTIEMBRE	30	129,507	15,541	113,966	82.01	91.63	1.1173	127,335	7,294,585
2014	OCTUBRE	30	129,507	15,541	113,966	82.14	91.63	1.1155	127,133	7,421,718
2014	NOVIEMBRE	30	129,507	15,541	113,966	82.25	91.63	1.1140	126,963	7,548,681
2014	DICIEMBRE	30	129,507	15,541	113,966	82.47	91.63	1.1111	126,625	7,675,306
2015	ENERO	30	134,247	16,110	118,137	83	91.63	1.1040	130,421	7,805,726
2015	FEBRERO	30	134,247	16,110	118,137	83.96	91.63	1.0914	128,930	7,934,656
2015	MARZO	30	134,247	16,110	118,137	84.45	91.63	1.0850	128,182	8,062,838
2015	ABRIL	30	134,247	16,110	118,137	84.9	91.63	1.0793	127,502	8,190,340
2015	MAYO	30	134,247	16,110	118,137	85.12	91.63	1.0765	127,173	8,317,512
2015	JUNIO	30	134,247	16,110	118,137	85.21	91.63	1.0753	127,038	8,444,551
2015	JULIO	30	134,247	16,110	118,137	85.37	91.63	1.0733	126,800	8,571,351
2015	AGOSTO	30	134,247	16,110	118,137	85.78	91.63	1.0682	126,194	8,697,545
2015	SEPTIEMBRE	30	134,247	16,110	118,137	86.39	91.63	1.0607	125,303	8,822,848
2015	OCTUBRE	30	134,247	16,110	118,137	86.98	91.63	1.0535	124,453	8,947,301
2015	NOVIEMBRE	30	134,247	16,110	118,137	87.51	91.63	1.0471	123,699	9,071,000
2015	DICIEMBRE	30	134,247	16,110	118,137	88.05	91.63	1.0407	122,941	9,193,941
2016	ENERO	30	143,336	17,200	126,135	89.19	91.63	1.0274	129,586	9,323,527
2016	FEBRERO	30	143,336	17,200	126,135	90.33	91.63	1.0144	127,951	9,451,478

2016	MARZO	30	143,336	17,200	126,135	91.18	91.63	1.0049	126,758	9,578,235
2016	ABRIL	12	57,334	6,880	50,454	91.63	91.63	1.0000	50,454	9,628,689

INTERESES DESDE FECHA DE EJECUTORIA DE LA SENTENICA HASTA
FECHA DE LIQUIDACIÓN DE CRÉDITO:

AÑO	MES	DÍAS	DIF. MESADA	AP SALUD	MESADA NETA	CAPITAL	PAGOS	TASA DTF	TASA CORRIENTE	TASA MORA	% INT MES	INTERESES MES	INTERES ACUMULADO
						9.628.689							
2016	ABRIL	18	86.001	10.320	75.681	9.704.371		6,65			0,538%	31.323	31.323
2016	MAYO	30	143.336	17.200	126.135	9.830.506		6,83			0,552%	54.273	85.597
2016	JUNIO	30	143.336	17.200	126.135	9.956.641		6,91			0,558%	55.594	141.191
2016	JULIO	30	143.336	17.200	126.135	10.082.777		7,26			0,586%	23.624	164.815
2016	AGOSTO	30	143.336	17.200	126.135	10.208.912		7,19			0,580%	0	164.815
2016	SEPTIEMBRE	30	143.336	17.200	126.135	10.335.047		7,18			0,580%	0	164.815
2016	OCTUBRE	30	143.336	17.200	126.135	10.461.182		7,09			0,572%	0	164.815
2016	NOVIEMBRE	30	143.336	17.200	126.135	10.587.318		7,01			0,566%	0	164.815
2016	DICIEMBRE	30	143.336	17.200	126.135	10.713.453		6,92			0,559%	19.968	184.783
2017	ENERO	30	151.577	18.189	133.388	10.846.841		6,94			0,561%	60.820	245.603
2017	FEBRERO	12	60.631	7.276	53.355	10.900.196		6,78			0,548%	23.901	269.503
2017	FEBRERO	18	90.946	10.914	80.033	10.980.229			22,34	33,51	2,438%	160.594	430.097
2017	MARZO	16	80.841	9.701	71.140	10.971.337			22,34	33,51	2,438%	142.634	572.732
2017	MARZO	14	70.736	8.488	62.248	11.042.477			22,34	33,51	2,438%	125.614	698.346
2017	ABRIL	30	151.577	18.189	133.388	11.104.725			22,33	33,495	2,437%	270.585	968.931
2017	MAYO	30	151.577	18.189	133.388	11.238.113			22,33	33,495	2,437%	273.835	1.242.765
2017	JUNIO	30	151.577	18.189	133.388	11.371.501			22,33	33,495	2,437%	277.085	1.519.850
2017	JULIO	30	151.577	18.189	133.388	11.504.889			21,98	32,97	2,403%	276.466	1.796.316
2017	AGOSTO	30	151.577	18.189	133.388	11.638.277			21,98	32,97	2,403%	279.671	2.075.987
2017	SEPTIEMBRE	30	151.577	18.189	133.388	11.771.665			21,48	32,22	2,355%	277.196	2.353.183
2017	OCTUBRE	30	151.577	18.189	133.388	11.905.053			21,15	31,725	2,323%	276.529	2.629.712
2017	NOVIEMBRE	30	151.577	18.189	133.388	12.038.441			20,96	31,44	2,304%	277.404	2.907.116
2017	DICIEMBRE	30	151.577	18.189	133.388	12.171.829			20,77	31,155	2,286%	278.225	3.185.341
2018	ENERO	30	157.777	18.933	138.844	12.310.673			20,69	31,035	2,278%	280.439	3.465.780
2018	FEBRERO	30	157.777	18.933	138.844	12.449.517			21,01	31,515	2,309%	287.482	3.753.262
2018	MARZO	30	157.777	18.933	138.844	12.588.360			20,68	31,02	2,277%	286.641	4.039.903
2018	ABRIL	30				12.588.360			20,48	30,72	2,257%	284.182	4.324.085
2018	ABRIL	ABONO CORRESPONDIENTE A REAJUSTE 17/03/17 A 31/03/18					1.679.271						2.644.814
2018	MAYO	30				12.588.360			20,44	30,66	2,254%	283.690	2.928.504
2018	JUNIO	30				12.588.360			20,28	30,42	2,238%	281.718	3.210.222
2018	JULIO	30				12.588.360			20,03	30,045	2,213%	278.630	3.488.852
2018	AGOSTO	30				12.588.360			19,94	29,91	2,205%	277.516	3.766.368
2018	SEPTIEMBRE	30				12.588.360			19,81	29,715	2,192%	275.906	4.042.274
2018	OCTUBRE	30				12.588.360			19,63	29,445	2,174%	273.672	4.315.946
2018	NOVIEMBRE	30				12.588.360			19,49	29,235	2,160%	271.932	4.587.878
2018	DICIEMBRE	30				12.588.360			19,4	29,1	2,151%	270.812	4.858.690
2019	ENERO	30				12.588.360			19,16	28,74	2,128%	267.820	5.126.510
2019	FEBRERO	30				12.588.360			19,7	29,55	2,181%	274.541	5.401.052
2019	MARZO	30				12.588.360			19,37	29,055	2,148%	270.438	5.671.490
2019	ABRIL	30				12.588.360			19,32	28,98	2,143%	269.816	5.941.306
2019	MAYO	30				12.588.360			19,34	29,01	2,145%	270.065	6.211.371
2019	JUNIO	30				12.588.360			19,3	28,95	2,141%	269.566	6.480.937
2019	JULIO	30				12.588.360			19,28	28,92	2,139%	269.317	6.750.254
2019	AGOSTO	30				12.588.360			19,32	28,98	2,143%	269.816	7.020.070
2019	SEPTIEMBRE	30				12.588.360			19,32	28,98	2,143%	269.816	7.289.885
2019	OCTUBRE	30				12.588.360			19,1	28,65	2,122%	267.071	7.556.956
2019	NOVIEMBRE	30				12.588.360			19,03	28,545	2,115%	266.196	7.823.152
						7.208.074	13.203.438						0
2019	DICIEMBRE	30				7.208.074			18,91	28,365	2,103%	151.564	151.564
2020	ENERO	30				7.208.074			18,77	28,155	2,089%	150.560	302.124
2020	FEBRERO	30				7.208.074			19,06	28,59	2,118%	152.638	454.762
2020	MARZO	30				7.208.074			18,95	28,425	2,107%	151.851	606.613
2020	ABRIL	30				7.208.074			18,69	28,035	2,081%	149.986	756.598
2020	MAYO	30				7.208.074			18,19	27,285	2,031%	146.384	902.982
2020	JUNIO	30				7.208.074			18,12	27,18	2,024%	145.878	1.048.861
2020	JULIO	30				7.208.074			18,12	27,18	2,024%	145.878	1.194.739
2020	AGOSTO	30				7.208.074			18,29	27,435	2,041%	147.106	1.341.845
2020	SEPTIEMBRE	30				7.208.074			18,35	27,525	2,047%	147.539	1.489.383
2020	OCTUBRE	30				7.208.074			18,09	27,135	2,021%	145.661	1.635.045
2020	NOVIEMBRE	30				7.208.074			17,84	26,76	1,996%	143.851	1.778.896
2020	DICIEMBRE	30				7.208.074			17,46	26,19	1,957%	141.091	1.919.987
2021	ENERO	30				7.208.074			17,32	25,98	1,943%	140.071	2.060.058
2021	FEBRERO	30				7.208.074			17,54	26,31	1,965%	141.673	2.201.730
2021	MARZO	30				7.208.074			17,41	26,115	1,952%	140.727	2.342.457
2021	ABRIL	30				7.208.074			17,31	25,965	1,942%	139.998	2.482.455
2021	MAYO	30				7.208.074			17,22	25,83	1,933%	139.341	2.621.796
2021	JUNIO	30				7.208.074			17,21	25,815	1,932%	139.268	2.761.064
2021	JULIO	30				7.208.074			17,18	25,77	1,929%	139.049	2.900.114
2021	AGOSTO	30				7.208.074			17,24	25,86	1,935%	139.487	3.039.601
2021	SEPTIEMBRE	30				7.208.074			17,19	25,785	1,930%	139.122	3.178.723
2021	OCTUBRE	30				7.208.074			17,08	25,62	1,919%	138.319	3.317.042
2021	NOVIEMBRE	30				7.208.074			17,27	25,905	1,938%	139.706	3.456.748
2021	DICIEMBRE	30				7.208.074			17,46	26,19	1,957%	141.091	3.597.839
2022	ENERO	30				7.208.074			17,66	26,49	1,978%	142.545	3.740.384
2022	FEBRERO	7				7.208.074			18,3	27,45	2,042%	34.342	3.774.725
							1.862.363						1.912.362

2022	FEBRERO	23				7.208.074			18,3	27,45	2,042%	112.836	2.025.199
2022	MARZO	30				7.208.074			18,47	27,705	2,059%	148.403	2.173.602
2022	ABRIL	30				7.208.074			19,05	28,575	2,117%	152.567	2.326.169
2022	MAYO	30				7.208.074			19,71	29,565	2,182%	157.273	2.483.442
2022	JUNIO	30				7.208.074			20,4	30,6	2,250%	162.158	2.645.600
2022	JULIO	30				7.208.074			21,28	31,92	2,335%	168.337	2.813.937
2022	AGOSTO	30				7.208.074			22,21	33,315	2,425%	174.806	2.988.743
2022	SEPTIEMBRE	30				7.208.074			23,5	35,25	2,548%	183.677	3.172.421
2022	OCTUBRE	30				7.208.074			24,61	36,915	2,653%	191.218	3.363.638
2022	NOVIEMBRE	30				7.208.074			25,78	38,67	2,762%	199.076	3.562.714
2022	DICIEMBRE	30				7.208.074			27,64	41,46	2,933%	211.382	3.774.096
2023	ENERO	30				7.208.074			28,84	43,26	3,041%	219.203	3.993.299
2023	FEBRERO	30				7.208.074			30,18	45,27	3,161%	227.832	4.221.131
2023	MARZO	30				7.208.074			30,84	46,26	3,219%	232.042	4.453.173
2023	ABRIL	30				7.208.074			31,39	47,085	3,268%	235.530	4.688.703
2023	MAYO	30				7.208.074			30,27	45,405	3,169%	228.408	4.917.111
2023	JUNIO	30				7.208.074			29,76	44,64	3,123%	225.139	5.142.251
2023	JULIO	30				7.208.074			29,36	44,04	3,088%	222.565	5.364.816
2023	AGOSTO	11				7.208.074			28,75	43,125	3,033%	80.161	5.444.976

TOTAL CRÉDITO A 11/08/2023	
CAPITAL	7.208.074
INTERESES	5.444.976
TOTAL	12.653.050

En resumen, se tiene como resultado de la liquidación, un capital de \$ 7.208.074 y unos intereses de \$ 5.444.976, para un total del crédito de \$ 12.653.050, con corte a 11 de agosto de 2023.

No se acoge la liquidación del Juzgado toda vez que no se liquidaron los intereses en la forma prevista en el artículo 195 del C.P.A.C.A, esto es, los 10 primeros meses a la tasa DTF y los meses subsiguientes a la tasa moratoria, teniendo presente lo consagrado en Sentencia del Consejo de Estado, radicado 05001-23-33-000-2019-01705-de 09 de julio de 2021, que establece al respecto:

20. La diferencia entre ambas normativas, en términos sustanciales, radica en que el artículo 177 del CCA establece que la mora en el pago de una condena de una suma líquida de dinero causa intereses moratorios, los cuales, conforme a lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación son equivalentes a la tasa comercial y se generan a partir del primer día de retardo; por su parte, el artículo 195.4 del CPACA establece dos tasas de mora: dentro de los 10 primeros meses de retardo se paga el DTF y, después de este término o de los cinco días siguientes a la recepción de los recursos - lo que suceda primero- el interés corresponde a la tasa comercial.*

**En el caso del interés comercial, la inexistencia de previsión convencional sobre intereses moratorios autoriza que se cobre una y media veces el interés bancario corriente. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos 2106 y 2184 del 9 de agosto de 2012 y del 29 de octubre de 2014, respectivamente, señaló que el artículo 177 del CCA, no consagró las tasas de interés comercial o moratorio, razón por la cual para su determinación es menester acudir a lo establecido en el artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999; por consiguiente, la tasa aplicable para liquidar los intereses de mora que se deben pagar por el retardo en el cumplimiento de los créditos judicialmente reconocidos mediante sentencias y conciliaciones, es la equivalente a una y media veces el interés bancario corriente, certificado por la Superintendencia Financiera (antes Bancaria) para el período de mora. Sin embargo, cuando los intereses establecidos en el parágrafo quinto del artículo 177 CCA sobrepasen el límite de la usura previsto en el artículo 305 del Código Penal, la suma que arroje la liquidación debe ser reducida a dicho límite, tal como lo ha señalado la jurisprudencia. Asimismo, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente: 52001-23-31-000-2001-01371-02 (AG), CP. Enrique Gil Botero, sostuvo que, según el artículo 177 del CCA., el pago tardío de una condena causa intereses moratorios equivalentes a la tasa comercial, entre otras.*

4. Conclusión.

De conformidad con lo señalado, la Sala revocará la providencia recurrida y en su lugar, se libraré mandamiento de pago por las sumas correspondientes a capital e intereses conforme a la liquidación realizada en esta instancia, en favor de la señora Martha Lucía Ortiz Zuluaga y en contra de la UGPP.

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

III. Resuelve

Primero: Se revoca el auto del 29 de septiembre de 2022, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, mediante el cual decidió negar el mandamiento de pago deprecado por la parte ejecutante. En consecuencia,

Segundo: Se libra mandamiento de pago en favor de la señora Martha Lucía Ortiz Zuluaga y en contra de la UGPP por los siguientes montos:

CAPITAL: SIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$7.208.074)

INTERESES: CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE (\$ 5.444.976)

Tercero: Notifíquese personalmente este auto al Director de la UGPP, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al señor Agente del Ministerio Público, en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 199 de la ley 1437 de 2011. Así mismo, por la Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso 5º de la norma en cita.

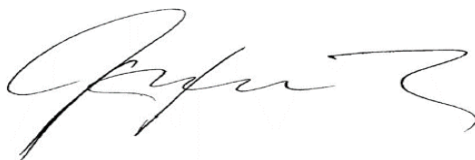
Cuarto: Córrase traslado de la demanda y sus anexos al señor Director de la UGPP advirtiéndole que dispone de cinco (5) días para pagar la obligación contenida en esta providencia o de diez (10) días para proponer excepciones. Estos términos empezarán a correr al vencimiento del término de veinticinco (25) días, después de surtida la última notificación.

Quinto: Decidir lo relacionado con las costas en su oportunidad procesal.

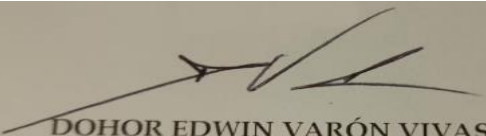
Sexto: En firme esta providencia, **devuélvase** la actuación al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17 001 33 39 006 2017 00207 00
Demandante	José Rodolfo Vargas Usma
Demandado	Municipio de Manizales
Providencia	Sentencia No. 137

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 demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones del demandante, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 7 de noviembre de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

El accionante solicita que por el juzgado de primera instancia se hagan las siguientes declaraciones:

*“Declaraciones:
Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones que se enuncian a continuación mediante las cuales el municipio de Manizales modificó de manera unilateral y sin previo consentimiento del afectado los actos administrativos contentivos de sendas órdenes de pago:*

*Demandante: Vargas Usma José Rodolfo
Resolución modifica pago 376-16
Resolución resuelve reposición 662-16
Resolución resuelve apelación 1722-16*

*Condenas:
Solicito que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a:*

A. Solicitar el consentimiento escrito y expreso de cada uno de los demandantes (SIC) para proceder a modificar los respectivos actos administrativos de carácter particular mediante los cuales el Municipio de Manizales pagó el crédito contenido en las sentencias emitidas en su contra por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y contenidas en las columnas 1 y 2 del cuadro superior señalado en el acápite de los hechos.

B. Decretar la terminación de los procesos ejecutivos que en vía administrativa adelanta el Municipio de Manizales en contra de los demandantes (SIC) basándose para ello en el artículo 91 CPACA que establece la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo por desaparición de sus fundamentos de hecho y de derecho.

C. Que junto con la terminación de los procesos ejecutivos solicitados en el numeral anterior y de manera coetánea se cancelen las medidas cautelares ordenadas dentro de dichos procesos y se proceda a la devolución de los dineros retenidos en forma indexada.

D. Realizar los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor según lo dispuesto en el artículo 187 CPACA

E. Pagar intereses de mora de conformidad con el artículo 195 CPACA.

F. Pagar costas y agencias en derecho que se generen en la presente acción.”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que el señor José Rodolfo Vargas Usma presentó demanda contra el Municipio de Manizales ante la jurisdicción contenciosa administrativa reclamando el pago de trabajo suplementario ordenado en el Decreto 1042 de 1978, proceso en el que resultó condenado el ente territorial.
- Que mediante las resoluciones 085-2015 y 109-2015 el municipio de Manizales procedió a liquidar y pagar el crédito contenido en la sentencia, acto administrativo contra el cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado confirmando la decisión inicial.
- Que con la resolución 376-16 el Municipio de Manizales de forma unilateral, y sin consentimiento del demandante, modificó las resoluciones de pago enunciadas, y contra ésta se interpusieron los recursos de reposición y apelación, resueltos con las resoluciones 662-16 y 1722-16 respectivamente.

- Que una vez en firme los anteriores actos administrativos, se inició el proceso de cobro coactivo, ordenando además el embargo de salarios, prestaciones sociales y demás bienes del empleado accionante.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Artículos 6 y 29 de la Constitución Política
- Artículo 97 de la Ley 1437 de 2011

Sostuvo que se presenta una vulneración al debido proceso, el cual se centra en el hecho que la resolución mediante la cual se ordenó el pago de una sentencia es un acto administrativo de carácter particular, y por consiguiente no podía ser modificado de manera unilateral por el ente territorial, pues para hacerlo, debía contar con el consentimiento expreso del titular.

Precisó que la administración, en la Resolución No. 376 de 2016, consideró que había incurrido en errores en la liquidación del crédito, olvidando que en esos eventos debía en ceñirse a los parámetros establecidos en el CPACA para la revocatoria de los actos administrativos.

Expone que, una vez presentados los recursos de reposición y apelación, observó su yerro, y en lugar de corregirlo se dio a la tarea de buscar otro argumento que le permitiese sostener la modificación unilateral del acto administrativo en cuestión, invocando un error aritmético, el cual no es cierto que se haya presentado; para el efecto procedió a enlistar 12 razones por las que consideró que la administración incurrió en errores de fondo al momento de liquidar la sentencia judicial.

Finalmente procedió a citar fallos de tutela y de constitucionalidad, en los cuales se hace alusión al trámite de la revocatoria de los actos administrativos.

4. Contestación de la demanda.

- **Municipio de Manizales (Fls. 113 a 128 C. 1)**

El demandado municipio de Manizales contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y adujo que la sentencia fue liquidada conforme a derecho, encontrándose la actuación administrativa ajustada a la ley.

Sobre los hechos sostuvo que son ciertos los alusivos a la sentencia de la jurisdicción contenciosa administrativa; la expedición de los actos administrativos que dieron cumplimiento a los fallos judiciales; las resoluciones que resolvieron los recursos, y las que ordenaron un reintegro de unas sumas de dinero; más aseveró que no son ciertos los atinentes a la modificación unilateral de las resoluciones sin el consentimiento del particular, ni los que indican que la liquidación de la sentencia que se encuentra en firme, se hizo de manera errónea.

Manifestó que la condena proferida por la jurisdicción contenciosa administrativa fue en abstracto, pues no señaló de manera concreta las cantidades líquidas de dinero que debían pagarse por el ente territorial, aduciendo que era carga de la parte demandante adelantar en su momento el incidente de liquidación, el cual indicó debió presentarse dentro del término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, de conformidad con el artículo 172 del CCA, y 137 del CPC, normas vigentes para la época de los hechos.

Sostuvo que el municipio expidió la resolución No. 085 de 19 de febrero de 2015, por medio de la cual ordenó el pago de unas prestaciones salariales por concepto de horas extras, indexación, más reliquidación de cesantías a favor del señor José Rodolfo Vargas Usma, para un total de \$118.805.879, aduciendo que éstese realizó por error de la administración, por lo que tuvo que modificar dicho acto administrativo; pues por la Secretaría de Servicios Administrativos se advirtió un pago en exceso de \$35.939.434.

Enfatizó en que al haberse advertido que se había presentado un pago en exceso, y de acuerdo a las facultades otorgadas por el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, el artículo 127 del Decreto Ley 1333 de 1985, y el artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se procedió a corregir el error, actuación que claramente se encontraba ajustada a derecho.

Finalmente propuso las excepciones que denominó *“Caducidad de la acción y prescripción del derecho”*, *“Legalidad de la actuación administrativa”*, *“Falta de*

prueba para soportar las pretensiones de la parte actora”, “Sobre la aplicación de los principios generales del derecho en nuestra legislación, y más especialmente sobre los principios prohibitivos del abuso del derecho y del principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa” y la “genérica”.

- Llamada en garantía AXA Colpatria Seguros S.A. (Fls.185 a 194 C. 1)

La llamada en garantía AXA Colpatria Seguros S.A. contestó la demanda y el llamamiento en garantía, y sostuvo que el contrato de responsabilidad de directores y administradores – servidores públicos suscrita con el municipio de Manizales tiene unas limitaciones y exclusiones; y afirma que no se configura el siniestro en este caso, por no existir un acto incorrecto del asegurado, pues lo que ocurrió en ese caso, fue la corrección de un error en un acto administrativo, emprendiendo las acciones necesarias para recuperar el dinero consignado de más.

Se opone a los hechos del llamamiento en garantía y afirma que hay ineficacia del contrato de seguro por ausencia de riesgo asegurable, ausencia de cobertura del mismo y, que se excede del valor asegurado.

Frente a los hechos de la demanda sostiene que no le constan, y plantea las excepciones de *“improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, y legalidad del acto administrativo*”; solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

- Llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros (Fls. 320 a 332 C. 1A)

La llamada en garantía la Previsora S.A. contestó la demanda y el llamamiento en garantía, y sostuvo que no le constan los hechos de la demanda; y sobre las pretensiones, adujo que se opone a todas y cada una de ellas, atendiendo a los eximentes de responsabilidad propuestas por el ente territorial.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad para servidores públicos número 1003531 para los hechos de la demanda”, “Falta de cobertura por ausencia de siniestro”, “Ausencia de amparo bajo la póliza de responsabilidad civil, ante la no*

notificación oportuna del siniestro”, y “Límite del valor asegurado”.

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 226 a 233 C.1)

Mediante sentencia de 7 de noviembre de 2019 el Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Manizales resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones de "LEGALIDAD D LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA", "FALTA DE PRUEBA PARA SOPORTAR LAS PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA", "SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN NUESTRA LEGISLACIÓN, Y MÁS ESPECIALMENTE SOBRE LOS PROHIBITIVOS DEL ABUSO DEL DERECHO Y DEL PRINCIPIO DE QUE NADIE PUEDE BENEFICIARSE DE SU PROPIA CULPA Y EXCEPCIÓN GENÉRICA", formulados por el MUNICIPIO DE MANIZALES.

SEGUNDO: DECLARASE PROBADAS las excepciones de "FALTA DE COBERTURA POR AUSENCIA DE SINIESTRO" formulados por la llamada en garantía PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS.A. y las excepciones de "AUSENCIA DE SINIESTRO" e "INEFICACIA DEL CONTRATO DE SEGURO POR AUSENCIA DE RIESGO ASEGURABLE" formuladas por AXA COLPATRIA S.A.

TERCERO: DECLARASE LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 376 del 13 de junio de 2016, 662 del 9 de septiembre de 2016 y 1722 del 4 de noviembre de 2016, emitidos por el MUNICIPIO DE MANIZALES.

CUARTO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA al MUNICIPIO DE MANIZALES de por terminado el proceso de cobro coactivo adelantado en contra del señor José Rodolfo Vargas Usma identificado con cédula de ciudadanía 75'070.218, con respecto del título contenido en la Resolución N° 376 del 13 de junio de 2016.

De igual modo, SE ORDENA LA DEVOLUCIÓN de las sumas de dinero que hayan sido objeto del embargo o retenidas en cumplimiento de la medida cautelar proferida dentro de ese trámite.

La suma resultante a favor del demandante para ser reembolsadas, se ajustará el valor aplicando la fórmula financiera indicada en la parte considerativa.

QUINTO: CONDENASE en costas del proceso a la parte accionada y a favor del demandante, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad de ley. FÍJASE como agencias en derecho, también a cargo de la parte demandada y a favor del accionante, la suma de un millón cuatrocientos treinta y siete mil quinientos setenta y siete pesos (\$1'437.577).

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

SÉPTIMO: NOTIFIQUESE esta sentencia de conformidad con el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.”

La Juez de instancia hace un estudio normativo sobre la corrección de errores formales y revocatoria de actos de carácter particular y expone que, al revisar la resolución No. 376 del 13 de junio de 2016, ésta no se profirió para corregir un error aritmético, pues su parte considerativa hace alusión a que se partió de una base diferente para liquidar cada uno de los factores reconocidos; de manera que, no se trató de una simple operación matemática; por cuanto modificó la resolución número 085 del 19 de febrero 2015, cambiando el valor de la suma de dinero a reconocer por concepto de sentencia judicial, y ordenando en consecuencia un reintegro de \$35.939.434, a cargo del ahora demandante.

Consideró que, en virtud del reintegro en mención, se inició en contra del señor José Rodolfo Vargas Usma un proceso de cobro coactivo en el cual se libró mandamiento de pago y se ordenó el embargo y retención de la quinta parte de lo que exceda el salario mínimo legal vigente, y demás emolumentos que perciba o llegare a percibir; situación con la que el mentado señor, pasó de ser acreedor de la administración municipal, a ser deudor del municipio por valor de \$35.939.434.

Expone que si bien el municipio de Manizales, tiene el deber de proteger los recursos públicos y no puede permitir que los errores se conviertan en una camisa de fuerza que le impida una solución; pero que, esa solución no puede pasar por alto los mecanismos por alto que se tienen previstos para ello; por lo que considera que la administración municipal debió revocar la resolución N° 085 de 2015, solicitando el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 y no proceder a modificar el acto que concretó la liquidación dineraria del derecho particular y concreto que obtuvo el demandante mediante una decisión judicial.

Sostiene que, el mecanismo legal que debía utilizar el municipio de Manizales era la revocatoria directa, y, en caso de no contar con la voluntad del administrado, la opción era acudir al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho para deprecar la nulidad del acto administrativo que liquidó la sentencia, que a su juicio excedió lo ordenado y de esta manera

lograr la protección del patrimonio público que exclama.

Argumenta que, la resolución 376 del 13 de junio de 2016 contraría a la disposición normativa expuesta, por lo que hay lugar a la declaratoria de nulidad de ésta y de las resoluciones 662 del 9 de septiembre de 2016 y 1722 del 4 de noviembre de 2016, que la confirman; y, como consecuencia de ello, queda sin soporte el trámite de cobro coactivo, perdiendo la calidad de título ejecutivo.

Se pronuncia sobre los llamamientos en garantía, y refiere que, por la declaratoria de nulidad de los actos administrativos enjuiciados, permanece incólume la Resolución 085 del 19 de febrero de 2015, que ordena el reconocimiento y pago de unas prestaciones salariales a un funcionario en cumplimiento de una sentencia judicial; y de ello no advierte la consolidación del siniestro que amparan las pólizas, porque el dinero que como consecuencia de la nulidad de las resoluciones enjuiciadas, que tendría que retornar al demandante, corresponde a la suma que le reconocida con el acto administrativo dio cumplimiento a la sentencia.

Considera que, por lo anterior, el dinero que de forma indexada deba reintegrarle el municipio de Manizales al demandante, no corresponde al riesgo asegurado por las pólizas suscritas con las compañías de seguros, pues como se ha expuesto no se ordena entregar a título de indemnización de perjuicio alguno, sino que corresponde al derecho obtenido con el acto administrativo de ejecución que fue modificado de forma indebida por la administración local, asistiendo razón a las aseguradoras llamadas en garantía; sumado a que, en este caso no fue vinculado funcionario alguno respecto de los cargos asegurados.

Frente a la condena en costas, considera que con fundamento en el artículo 188 del CPACA en concordancia con el 365 del CGP hay lugar a condenar en costas a la parte demandada.

6. Recurso de apelación.

- Parte demandada (Fls. 406 a 411 C. 1).

La apoderada judicial del demandado municipio de Manizales interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia y

argumenta que con la orden de terminación de proceso de cobro coactivo se vulnera el artículo 101 del CPACA y 365 del ET, pues los actos demandados y declarados nulos no resuelven excepciones al deudor, ni ordenan seguir con la ejecución.

Manifiesta que es improcedente la condena en costas con fundamento en el artículo 188 del CPACA, aduciendo que no debió imponerse condena en costas para el municipio, por cuanto el asunto sobre devolución de dineros pagados de más es un tema de moralidad administrativa y de defensa de los derechos colectivos al patrimonio público.

Expone que, la naturaleza jurídica del acto demandado, no es de aquella de la cual se requiera un consentimiento expreso y escrito del titular, por cuanto no se modificó el reconocimiento de horas extras, dominicales, ni festivos; sino que se presentó un error en la liquidación, teniendo la facultad la administración para corregirlo sin el consentimiento del demandante.

7. Alegatos de conclusión.

- Llamada en garantía AXA Colpatria Seguros S.A. (Fls. 7 a 15 C. 5)

La llamada en garantía AXA Colpatria presentó escrito de alegatos en segunda instancia reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía; y precisa que la declaratoria de nulidad no implica una indemnización, y fueron los actos declarados nulos proferidos en salvaguarda de los intereses públicos de la administración municipal.

Expone que el pronunciamiento en segunda instancia debe limitarse a las razones de inconformidad el municipio demandado, sin que allí se cuestione la relación el asegurado con el asegurador, y defiende la legalidad de los actos acusados.

Aduce que la parte demandante no precisa cuales son los vicios de fondo por los que solicita la declaratoria de nulidad de los actos acusados, y que, en este caso hay inexistencia del siniestro por ausencia de actos reprochables al asegurado; así como que no existe el riesgo asegurable, ni dolo o culpa grave, ni solidaridad en el contrato de seguro.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 07 de octubre de 2020, que se encuentra a folio 16 del cuaderno 5.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídico a resolver:

Los problemas jurídicos a resolver en este asunto se centran en las discusiones planteadas en el recurso de apelación.

1. *¿La resolución No. 376 de 2016 por medio de la cual el municipio de Manizales que modificó la Resolución No. 085 de 2015 – con la cual se ordenó liquidar al aquí demandante una suma de dinero por concepto de “créditos laborales reconocidos en sentencia judicial” – podía ser expedida de manera unilateral por el ente territorial o, por el contrario, debió contar con el consentimiento del señor José Rodolfo Vargas Usma?*
2. *¿Resulta procedente el restablecimiento del derecho ordenado en el ordinal cuarto de la sentencia proferida en primera instancia?*
3. *¿Había lugar a la condena en costas impuesta en primera instancia?*

2. Análisis normativo.

Los artículos 93, 94, 95 y 97 del CPACA regulan la figura de la revocatoria directa así:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Artículo 94. Improcedencia. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

Artículo 95. Oportunidad. La revocación directa de los actos

administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

Parágrafo. *No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.*

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

Artículo 97. *Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.*

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.”*

Por su parte, el artículo 45 ibidem precisa lo siguiente respecto de la corrección de los errores formales:

“Artículo 45. Corrección de errores formales. *En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.”*

3. Análisis Jurisprudencial.

Sobre el sentido y alcance de la figura de la revocatoria directa el Consejo de Estado¹ ha precisado:

“(…) Así las cosas, en vigencia de la Ley 1437 de 2011 la administración sólo podrá revocar un acto administrativo de carácter particular, en los eventos en que cuente con el consentimiento del administrado. En caso contrario, deberá cuestionar su constitucionalidad o legalidad a través del respectivo medio de control, en los términos del artículo 97 ibidem.

Con respecto a la figura de la revocatoria directa, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido:

«[...] Advierte la Sala que la revocatoria directa es una de las formas como un acto administrativo puede desaparecer de la vida jurídica. Respecto de esta figura, la jurisprudencia ha dicho:

«[...]

En nuestro ordenamiento esta figura no tiene una naturaleza jurídica definida. No obstante, del examen de la normativa positiva que la regula (artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo) se puede concluir que tiene dos modalidades: de un lado, como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y, de otro, como medida unilateral de la Administración para dejar sin efecto decisiones adoptadas por ella misma.

[...]

En el segundo caso, es un mecanismo ya no alternativo sino adicional al de la vía gubernativa, del que puede hacer uso la Administración de manera oficiosa, bajo ciertas circunstancias y limitaciones, para revisar y corregir la manifiesta antijuridicidad, inconveniencia, o el agravio injustificado que cause alguno de sus actos administrativos. Es, en efecto, un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas”.

[...]

Mediante esta figura, la Administración, de oficio o a solicitud de parte, deja sin efecto los actos administrativos expedidos por ella misma, por las causales y conforme con el trámite consagrado en la ley. [...]»

En efecto, la revocatoria de los actos administrativos por parte de la administración, está relacionada indiscutiblemente con el principio de autotutela o auto control, que le permite quitar del ordenamiento jurídico sus propios actos, claro está en atención a las causales expresamente previstas para ello.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 30 de noviembre de 2017. CP. Dr. William Hernández Gómez. Radicado interno 0551-15

Mención especial merece la situación referida en el artículo 97 del CPACA, esto es la revocatoria de actos administrativos de carácter particular y concreto, escenario que resulta relevante en el caso sub lite, pues se trata de aquellos asuntos donde: i) se modificó o creó una situación jurídica, o ii) se reconoció un derecho con categoría de particular y concreto.

En estos eventos, el legislador claramente consagró para la procedencia de la figura de revocación, que el titular del acto administrativo donde se reflejen las situaciones antes descritas, manifieste previamente su consentimiento de manera expresa y por escrito, es decir, que antes que la administración emita un pronunciamiento relacionado con la revocación, debe contar con la manifestación de la voluntad expresa y escrita del titular del derecho en ese sentido”.

4. Análisis fáctico.

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

- Copia de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2014 en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual revocó la sentencia por la que el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales negó las pretensiones al demandante, y en su lugar, declaró la nulidad de los actos demandados, y ordenó al municipio de Manizales reconocer y pagar al señor José Rodolfo Vargas Usma el trabajo suplementario desde el 23 de abril de 2005 hasta el 30 de agosto de 2012 (Fls. 129 a 159 C. 1)
- Copia de la resolución No. 085 de 19 de febrero de 2015 mediante la cual se da cumplimiento a sentencia judicial, ordenando el reconocimiento y pago al demandante, señor José Rodolfo Vargas Usma la suma de \$97.565.613 equivalente a las horas extras, dominicales y festivos causados entre el 23 de abril de 2005 y el 30 de agosto de 2012, y, la suma de \$21.240.266 por indexación, para un total de \$118.805.879 (Fls. 49 a 56 C. 1).
- Copia de la resolución No. 109 de 9 de marzo de 2015, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión no reponiendo la misma (Fls. 57 y 58 C. 1).
- Copia de la resolución número 376 de 13 de junio de 2016, mediante la cual se modificó la resolución 085 de 19 de febrero de 2015, y ordena al señor José

Rodolfo Vargas Usma el reintegro de la suma de \$35.939.434 como mayor valor pagado en la resolución mencionada, ordenando consignar esa suma de dinero a una cuenta del banco Bancolombia, so pena de iniciar proceso de jurisdiccióncoactiva (Fls. 59 a 64 C. 1).

- Copia de las resoluciones 662 de 26 de febrero de 2016 y 01722 de 4 de noviembre de 2016 mediante las cuales se resuelven los recursos de reposición y apelacióncontra la resolución mencionada, confirmando en todas sus partes la misma. (Fls. 65 a 72 C. 1).

- Copia del mandamiento de pago RRTT.MV.68-16 de fecha 5 de diciembre de 2016 librado a favor del Tesoro Municipal y a cargo del aquí demandante, señor José Rodolfo Vargas Usma por la suma de \$35.939.434; decretando además medida cautelar de embargo y retención de la quinta parte de lo que excediera el salariomínimo vigente, y de los demás emolumentos embargables que percibiera o llegare a percibir el accionante (Fl. 25 C. 2)

5. Del caso en concreto.

De las pruebas relacionadas en el numeral anterior, y en concordancia con la normativa y jurisprudencia en mención, esta Sala encuentra acreditado que mediante la resolución No. 085 de 19 de febrero de 2015, el municipio de Manizales *“ordena el reconocimiento y pago de unas prestaciones salariales a un funcionario en cumplimiento de una sentencia judicial”*, a favor del demandante, señor José Rodolfo Vargas Usma; la cual posteriormente, y sin mediar actuación previa en procura de obtener el consentimiento del mentado señor, fue modificada por la resolución número 376 de 13 de junio de 2016, ordenando reintegrar al municipio de Manizales por parte del señor Vargas Usma la suma de \$35.939.434; decretando además, medida cautelar de embargo y retención de la quinta parte de lo que excediera el salario mínimo vigente, por considerar la suma como un mayor pagado con fundamento en lo siguiente:

“(…)

- Que una vez verificada la liquidación de los factores salariales de dominicales y festivos se encontró inconsistencias en su liquidación, toda vez que las mismas debieron ser liquidadas conforme a la ley, equivalente al doble del valor

de un día.

- Que una vez verificada la liquidación del reconocimiento de compensatorios, los mismos no tenían derecho a ello como les fue reconocido.
 - Que igualmente, los dominicales reconocidos no fueron descontados del total de horas laboradas al mes, constituyéndose en un pago superior.
 - Que igualmente en la verificación efectuada, se encontró que los factores de horas laboradas al mes, debió ser sobre la suma de 190 horas y no 176 horas.
 - Que los pagos parciales por concepto de dominicales reconocidos en su época por parte de la administración no fueron indexados.
- Que una vez efectuada la reliquidación conforme a la ley, se encontró una diferencia en favor del Municipio de Manizales (...).

Contra el anterior acto administrativo se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales confirmaron la resolución en cita, dentro de los cuales la administración municipal consideró entre otros que:

“(...) Por las anteriores consideraciones, la administración considera que el reintegro debe ser efectuado porque se hizo un pago de más y los errores de la administración no justifican un enriquecimiento sin causa del ciudadano.

(...)

No cabe duda que el acto administrativo por medio del cual se da cumplimiento a la sentencia judicial incurrió en un error, el cual, cuando pudo ser advertido por la administración, motivo por el cual (SIC) debió ser corregido en virtud de lo establecido en el numeral 15 artículo 35 de la Ley 734 de 2002 (prohibición de reconocimientos irregulares), hecho que tuvo lugar a través del acto administrativo que hoy se recurre, el cual adicionalmente ordenó la devolución de lo pagado en exceso (...)

Para el caso que nos ocupa a través de la resolución 376 de 2016 se corrigieron los errores presentados en la resolución 085 de 19 de febrero de 2015, subsistiendo posterior a la corrección el reconocimiento de los derechos ordenados por los fallos judiciales y el acto administrativo de cumplimiento ... sin que se requiera el consentimiento del titular de los derechos reconocidos para efectuar su corrección, como quiera que nos encontramos frente a un acto administrativo que nació viciado por un error en el consentimiento (artículo 1508 del Código Civil), con una entidad tal, que no puede considerarse como un factor de responsabilidad para su acatamiento por parte de la administración municipal. (...)

Contrario a lo sostenido por la entidad demandada, esta Sala de Decisión considera que el municipio de Manizales no podía de manera unilateral modificar la resolución No. 085 de 19 de febrero de 2015, pues se trataba de un acto administrativo de contenido particular y concreto, que había creado un derecho en favor del demandante, es decir, había consolidado una situación en su favor.

Téngase en cuenta, además que, la resolución No. 376-16 no tuvo como finalidad el corregir errores meramente formales existentes en la resolución 085 de 2015, en el caso específico no se trataba de un simple error aritmético o error en la operación matemática llevada a cabo para obtener los valores a pagar por concepto del crédito laboral reconocido mediante sentencia judicial; pues su objetivo fue replantear las bases para calcular el valor de cada crédito y no el efectuar una corrección simplemente formal de los montos parciales y el saldo total, por virtud de una simple operación aritmética.

Es por ello que, el acto cuya nulidad se depreca, más que corregir un error meramente formal o aritmético, lo que hizo fue revocar parte del valor del crédito inicialmente reconocido y de contera, ubicó al demandante como deudor del ente territorial por las supuestas sumas pagadas de más.

De las resoluciones enjuiciadas se desprende que su objeto fue variar una situación jurídica consolidada en cabeza del señor José Rodolfo Vargas Usma en aras de efectuar precisiones conceptuales sobre la forma de liquidar el crédito, reduciendo el monto a pagar. Su propósito, se itera, no era el de subsanar yerros aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras al amparo del artículo 45 de la Ley 1437 de 2011.

Al respecto, la Corte Constitucional²⁶ ha señalado:

*“(...) De suerte que se limita su desarrollo o práctica a las modificaciones que no impliquen un cambio jurídico sustancial en la decisión adoptada, teniendo entonces dicha figura un uso restrictivo y limitado. Bajo esta consideración, **el error aritmético no puede ser utilizado como herramienta jurídica válida para alterar el sentido y alcance de los actos administrativos, mediante una nueva evaluación probatoria, la aplicación de nuevos fundamentos jurídicos, o la inobservancia de los que sirvieron de sustento a la decisión.***

Incluso, en el caso de presentarse duda sobre la naturaleza jurídica del error, es decir, si este es o no aritmético, es deber de la Administración proceder en el sentido más garantista para el administrado, de tal manera que no se afecte la posición obtenida por éste legítimamente. Esta interpretación está acorde con los principios de imparcialidad y favorabilidad que gobierna el ejercicio de la función administrativa, según los cuales, “...las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación...” (artículo 3º del C.C.A en armonía con el artículo 209 de la C.P).

² Corte Constitucional. Sala Quinta de revisión. Sentencia T-033 de 25 de enero 2002. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expedientes T-431.321, T-460.873 y T-455.228 Acumuladas.

...

De acuerdo con lo expuesto, la Administración, so pretexto de revocar parcialmente un acto administrativo por error aritmético, no puede abrogarse competencia para revisar el acto administrativo en todo su contexto, pues, como se ha venido señalando, tal actitud le impide al respectivo titular del derecho subjetivo establecido en el acto, ejercitar la defensa de su situación jurídica y controvertir la nueva decisión adoptada por la Administración”.

Por lo expuesto, para esta Sala no hay duda que la resolución que ordenó el pago al demandante en virtud de una sentencia judicial, se encontraba ejecutoriada y sus efectos se habían consolidado, pues fue proferida el 30 de octubre de 2014, entre tanto la resolución que la modifica fue proferida el 13 de junio de 2016; situación con la cual se advierte que, esa resolución modificatoria, tiene intrínseca una manifestación de voluntad de la administración de revocar una situación jurídica consolidada; por lo que, en virtud de las normas y jurisprudencia señaladas en este asunto, el municipio de Manizales debía contar con la autorización previa, expresa y escrita del demandante, señor José Rodolfo Vargas Usma como lo ordena el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011.

Por su parte el Consejo de Estado³⁷, en un caso similar al presente, consideró:

*“(…) **En conclusión:** los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por violación de las normas en las que debían fundarse y por transgresión del debido proceso, puesto que el ente demandado pretendió cambiar parcialmente una decisión de reconocimiento y pago de una condena impuesta por vía judicial bajo el amparo de una supuesta corrección de errores aritméticos, cuando aquella modificación implicaba en realidad una revocatoria directa del acto inicial tendiente a crear una nueva situación jurídica, que por mandato legal debió cumplir con el requisito de la solicitud de autorización expresa y escrita de la libelista para tal fin, la cual en todo caso solo habría resultado eficaz si los efectos de aquella resolución no se hubiesen consolidado como en efecto acaeció.*

En atención a ello, la posibilidad viable de recuperación del dinero cancelado en exceso era demandar bajo la modalidad de lesividad el propio acto, pues el interés general, la moralidad administrativa y el trámite incidental de liquidación de condena no priman en este caso frente al actuar de la administración que va en detrimento de la seguridad jurídica y el mismo principio de legalidad”. (Subraya la Sala)

Basta lo considerado para concluir que, el municipio de Manizales debía adelantar la actuación establecida en la ley para enmendar el error en el que consideraba había incurrido en la liquidación de la sentencia, por lo que no debió revocar directamente el

³ Consejo de Estado – Sección Segunda Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Radicado 17001-23-33-000-2017-00100-02

acto administrativo, al no contar con el consentimiento del demandante, siendo ello un requisito en este caso; por lo que hay lugar a confirmar en tal sentido la sentencia proferida en primera instancia como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

6. Del restablecimiento del derecho

El municipio de Manizales en su recurso de apelación reprocha la decisión de la Juez de instancia de ordenar la terminación del proceso de cobro coactivo a título de restablecimiento del derecho, argumentando que las resoluciones demandadas no son de las que se enlistan en los artículos 101 del CPACA y 835 del ET.

Se encuentra claro en este asunto que, los actos demandados, corresponden a las resoluciones que modifican la resolución mediante la cual se ordena el reconocimiento de unas sumas de dinero en cumplimiento de una sentencia judicial; y lo que se pretende en este caso es que con la declaratoria de nulidad de las mismas, se decrete la terminación del proceso ejecutivo, por el vicio de nulidad de haber sido modificada una situación particular del demandante sin el consentimiento previo del mismo, y sin acudir a la figura de revocatoria directa.

Ahora, si bien es cierto que el artículo 101 del CPACA dispone que *“Sólo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos de la Parte Segunda de este Código, los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito”*; ese artículo se encuentra en el título IV de procedimiento administrativo de cobro coactivo, y en este caso lo que ocurre es que, los actos administrativos demandados fueron declarados nulos por la juez de primera instancia, decisión que será confirmada por esta Sala de decisión; y, dichos actos son los que soportan el proceso de cobro coactivo adelantado por el municipio de Manizales en contra del actor para recuperar la suma de \$35.939.434, como expresamente se dice en la parte considerativa del mandamiento de pago RRTT.MV.68-16 de fecha 5 de diciembre de 2016; fundamento igualmente para el embargo y retención de la quinta parte de lo que excediera el salario mínimo legal vigente y de los demás emolumentos embargables que percibiera o llegara a percibir el señor José Rodolfo Vargas Usma; de lo que se infiere que, este trámite coercitivo se queda sin soporte jurídico, pues la Resolución No. 376-16 no puede seguir teniendo la calidad de título ejecutivo.

Ello tiene fundamento si se tiene en cuenta que la nulidad de un acto administrativo

produce efectos *ex - tunc*, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado. Por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto, para el caso en concreto, en ausencia de título para el cobro coactivo.

Para la Sala resulta necesario citar en este instante de la discusión el artículo 100 del CPACA que precisa las reglas de procedimiento de cobro coactivo:

“Artículo 100. Reglas de procedimiento. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.*
- 2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.*
- 3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.*

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

Del texto en mención, se desprende que, este asunto debe estudiarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el Estatuto Tributario, en el título VII con relación al cobro coactivo, el cual en su artículo 835 dispone:

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

De lo expuesto, no hay duda que, como con la declaratoria de nulidad de la resolución 676-16, la cual modifica la resolución que ordenó liquidar una sentencia judicial a favor del señor José Rodolfo Vargas Usma, deja ipso jure sin los fundamentos de hecho y de derecho el acto que daba lugar al proceso de cobro coactivo iniciado contra el demandante por la suma de dinero, que, a juicio de la administración éste debía reintegrar al municipio; pues la consecuencia de ello, es que el señalado proceso coactivo tampoco continúe.

Por lo expuesto, la decisión de la Juez de primera instancia de, ordenar al municipio de Manizales a título de restablecimiento del derecho que diera por terminado el

proceso de cobro coactivo adelantado contra el demandante se encuentra acorde con la declaratoria de nulidad impuesta.

Se deja presente que, en este sentido ya ha habido pronunciamientos recientes por esta Sala de Decisión⁴ y por este Tribunal⁵.

7. De la condena en costas en primera instancia.

Discute el apelante municipio de Manizales que, la condena en costas impuestas en primera instancia resulta improcedente por ventilarse un tema de interés público y social, sin más argumentos al respecto.

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

“2.6. Costas:

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas y al pago de las agencias en derecho a la parte sancionada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP. Se fija como agencias la suma de un millón doscientos sesenta y tres mil setecientos noventa y tres pesos (1.263.793), a cargo del Municipio de Manizales y en favor del accionante”

Lo primero que debe decirse es que, en este caso no se considera haberse ventilado un interés público, pues contrario a ello, se presentó demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que tenía unas pretensiones particulares respecto del demandante; y si bien, hay lugar a una devolución de dineros a título de restablecimiento del derecho, ello por sí solo, no implica que el asunto sea de interés público para el demandado municipio de Manizales.

No obstante lo anterior, y al haber sido cuestionada la condena en costas impuesta en primera instancia, esta Sala también advierte que, la misma se impuso sin ninguna consideración adicional, más allá de una cita jurisprudencial; de manera que, es preciso para la Sala poner de presente el alcance que sobre la condena en

⁴ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Segunda de Decisión. Sentencia de 14 de julio de 2023. Rad. 17 001 33 33 004 2017 00049 00.

⁵ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Segunda de Decisión. Sentencia de 1 de abril de 2022. Rad. 17001 23 33 000 2017 00099 00.

Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Tercera de Decisión. Sentencia de 23 de junio de 2023 Rad. 17001 33 39 000 2017 00204 02

costas ha precisado el Consejo de Estado⁴ a partir de la regulación contenida en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011:

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

- a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b. Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c. Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP^[1], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

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

8. Condena en costas en segunda instancia

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

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

9. Del reconocimiento de personería.

A folio 18 del cuaderno 5, se encuentra memorial poder conferido por el representante legal de la compañía de seguros La Previsora S.A. a la abogada Lina Marcela Gabelo Velásquez, identificada con cédula de ciudadanía número 1.053.784.680 y portadora de la tarjeta profesional número 210.292; con el que se aporta el certificado de existencia y representación legal de la mencionada compañía. En cuanto el poder conferido reúne los requisitos previstos en el artículo 74 del CGP, es procedente el reconocimiento de personería en este caso.

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: Revocar el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 7 de noviembre de 2019, y en su lugar no habrá condena en costas en primera instancia.

Segundo: Confirmar en lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 7 de noviembre de 2019, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor José Rodolfo Vargas Usma.

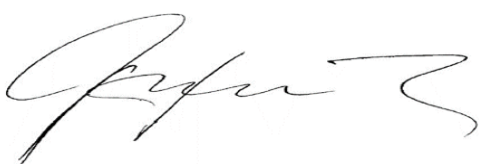
Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Reconocer personería para actuar a nombre de la compañía de seguros La Previsora S.A. a la abogada Lina Marcela Gabelo Velásquez, identificada con cédula de ciudadanía número 1.053.784.680 y portadora de la tarjeta profesional número 210.292.

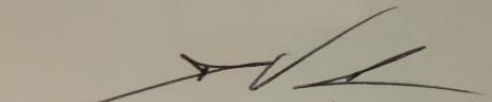
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

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

A.I. 158

RADICADO: 17-001-23-33-000-2018-00360-00
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo
DEMANDANTE: Arturo Molina Montoya y Otros
DEMANDADOS: Fiscalía General de la Nación

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir sobre la solicitud de entrega de títulos presentada por la parte actora dentro del asunto de la referencia.

2. ANTECEDENTES

A través de auto del 06 de noviembre de 2018, adicionado mediante proveído del 04 de marzo de 2019 se profirió mandamiento de pago en favor de los señores Arturo Molina Montoya, Aurora Rosa Montoya De Molina, Cruz Elena Valencia Bolívar, Jonier Arturo Molina García, Diana Carolina Molina Valencia, Alexandra Molina Valencia, Luis Alberto Molina Montoya, Arcadio Molina Montoya, Ana Edilma Molina Montoya, María Cecilia Molina Montoya, Arley De Jesús Molina Montoya, José Adrián Molina Montoya y John Fredy Molina Montoya y en contra de la Fiscalía General De La Nación.

Posteriormente mediante auto del 02 de agosto de 2019 el Despacho ordenó seguir adelante con la ejecución del crédito y dispuso la condena en costas en contra de la entidad ejecutada.

Mediante auto del 17 de enero de 2022 se modificó y actualizó la liquidación del crédito determinando como sumas adeudadas a dicha data, las siguientes:

1. Crédito a favor de Arturo Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 51.401.591,36
- Capital Adeudado	\$ 30.814.382,96

2. Crédito a favor de Aurora Rosa Montoya De Molina:

- Intereses Adeudados	\$ 11.500.808,83
- Capital Adeudado	\$ 6.894.540,00

3. Crédito a favor de Cruz Elena Valencia Bolívar:

- Intereses Adeudados	\$ 11.500.808,83
- Capital Adeudado	\$ 6.894.540,00

4. Crédito a favor de Jonier Arturo Molina García:

- Intereses Adeudados	\$ 11.500.808,83
- Capital Adeudado	\$ 6.894.540,00

5. Crédito a favor de Diana Carolina Molina Valencia:

- Intereses Adeudados	\$ 11.500.808,83
- Capital Adeudado	\$ 6.894.540,00

6. Crédito a favor de Alexandra Molina Valencia:

- Intereses Adeudados	\$ 11.500.808,83
- Capital Adeudado	\$ 6.894.540,00

7. Crédito a favor de Luis Alberto Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 5.750.404,41
- Capital Adeudado	\$ 3.447.270,00

8. Crédito a favor de Arcadio Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 5.750.404,41
- Capital Adeudado	\$ 3.447.270,00

9. Crédito a favor de Ana Edilma Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 5.750.404,41
- Capital Adeudado	\$ 3.447.270,00

10. Crédito a favor de María Cecilia Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 5.750.404,41
- Capital Adeudado	\$ 3.447.270,00

11. Crédito a favor de Arley de Jesús Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 5.750.404,41
- Capital Adeudado	\$ 3.447.270,00

12. Crédito a favor de José Adrián Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 5.750.404,41
- Capital Adeudado	\$ 3.447.270,00

13. Crédito a favor de John Fredy Molina Montoya:

- Intereses Adeudados	\$ 5.750.404,41
- Capital Adeudado	\$ 3.447.270,00

14. Costas impuestas en el proceso ejecutivo a favor de la parte actora:

\$ 4.270.000,00

TOTAL, ADEUDADO: \$ 242.846.439,34

Según información reportada por el contador de esta esta Corporación, la entidad accionada constituyó el 22 de agosto de 2022 con destino a este asunto, título judicial por valor de \$ 225.554.685.00.

Mediante memorial presentado el 14 de junio de 2023 la abogada Alba Lilia Castrillón Suárez presentó solicitud de entrega del referido titulo judicial en su calidad de apoderada judicial de la parte actora con facultades para recibir.

Mediante memoriales presentado los días 15, 16 de junio de 2023 los demandantes titulares de la condena cuyo pago fue ordenado por este Tribunal manifestaron su voluntad de revocar el poder otorgado a la apoderada Alba Lilia Castrillón Suárez, y deprecaron la entrega de los referidos títulos judiciales en forma directa a aquellos.

3. CONSIDERACIONES

Estudiada la solicitud presentada por la apoderada Alba Lilia Castrillón Suárez para que se efectué la entrega del título judicial se advierte que la misma no resulta procedente, pues sus poderdantes han manifestado revocar el poder a ella otorgado, por lo cual en este proveído se aceptará dicha revocatoria, la cual es procedente en los términos del inciso primero, del artículo 76 del C.G.P.

Ahora bien, respecto a la solicitud de entrega del título judicial formulada en forma directa por los aquí demandantes, resulta necesario destacar que la misma no puede ser efectuada dado que, solo pueden actuar ante esta corporación judicial por intermedio de apoderado inscrito, tal y como lo indica el artículo 160 del CPACA, al señalar que “*Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.*”.

En este orden de ideas, los aquí demandantes deberán constituir apoderado judicial para los fines de presentar y dar trámite a la liquidación del crédito y la respectiva entrega de los títulos judiciales reclamados.

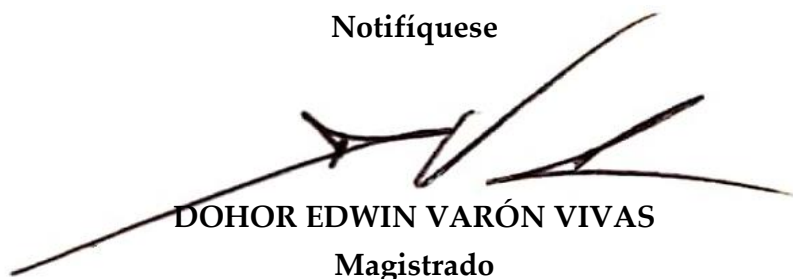
Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo De Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las solicitudes de entrega de títulos judiciales formuladas en el presente asunto.

SEGUNDO: ADMITIR la revocatoria del poder presentada por los demandantes, respecto de la abogada Alba Lilia Castrillón Suárez.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 174

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

Radicado: 17001-33-33-002-2020-00132-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Jorge Eduardo Cardona Escobar y otros
Demandados: Nación - Fiscalía General de la Nación

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

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó que se declare responsable a la entidad demandada por los perjuicios ocasionados al señor Jorge Eduardo Cardona Escobar -en adelante JECE- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la investigación penal que se inició el 22 de agosto de 2013 hasta el 26 de enero de 2018 en su contra por la Fiscalía General de la Nación. Que por lo anterior, se ordene a la demandada pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales² y materiales³.

1.2. Hechos

Se indica en síntesis que, la Fiscalía General de la Nación imputó cargos ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Control de Garantías de Manizales, entre otros el señor JECE, por los delitos de *falsa denuncia agravada, daño en bien ajeno agravado, falsedad en documento privado, fraude a subvenciones, falso testimonio y fraude procesal*.

Que el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales el 14 de agosto de 2017, procedió a la lectura de sentencia, en la cual absolvió al acusado.

2. Contestación de la demanda

La Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones de la parte demandante, argumentando en su defensa que, su actuación se adelantó de conformidad con la

¹ Claudia Patricia Sánchez Londoño (compañera permanente), Santiago Cardona Sánchez y Steeven Cardona Poloche (hijos); Claudia Patricia Sánchez Londoño (madre), Rodolfo Cardona Escobar, Fernando Cardona Escobar y Sandra Liliana Cardona Escobar (hermanos)

² Tasados en 100 smlmv para la víctima y 50 smlmv para los demás demandantes.

³ No especificó sumas.

Constitución y la Ley, por lo que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, no hubo error y ni privación injusta de la libertad, lo que se fundamenta en transcripciones de las pruebas obrantes en el expediente penal y en normas relativas a las competencias y funciones del ente acusador. Propuso las excepciones tituladas:

“Inexistencia de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuible a la Fiscalía General de la Nación”: Sostiene que para tratar de probar el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia la parte demandante sólo aporta las sentencias absolutorias, de las cuales se puede extraer que la delegada de la Fiscalía General de la Nación realizó variedad de actos de investigación, y de los que se podía inferir razonablemente que el señor JECE podía ser autor o partícipe de los delitos que le fueron imputados y que fueron presentados ante el Juez de Control de Garantías como elementos materiales probatorios para dicha imputación de cargos.

“Inexistencia del daño antijurídico”: Refiere que el daño alegado por la parte demandante no es antijurídico, puesto que se encontraba en el deber jurídico de soportar el proceso penal ante la existencia de indicios que llevaron a la Fiscalía a adelantar las investigaciones en su contra. Añade que la absolución del demandante no se dio porque se hubiera establecido su inocencia, sino en aplicación del principio *in dubio pro reo*, tal como se expuso en las sentencias de primera y segunda instancia.

“Culpa exclusiva de la víctima”: indica que el comportamiento inadecuado del demandante fue el que dio origen a su judicialización, ante las contradicciones que encontró el delegado de la Fiscalía en sus diferentes versiones rendidas en la investigación preliminar dirigida al esclarecimiento de los hechos relacionados con un supuesto atentado en contra de su vida y otras personas, lo que llevaron a la entidad a dirigir dichas investigaciones en su contra.

2. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *“Inexistencia de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuible a la Fiscalía General de la Nación”* e *“Inexistencia del daño antijurídico”* propuestas por la entidad demandada y **negó las pretensiones** de la parte demandante.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego afirmar que, no se observaron probadas graves irregularidades o arbitrariedades en el trámite de la investigación penal que permitan inferir la vulneración de los derechos y garantías del imputado y luego procesado. Señaló además que, el curso del proceso penal el señor JECE no vio restringido su derecho a la libertad.

Que además, no se probó que la vinculación del señor JECE al proceso penal, hubiere causado una carga excesiva y desproporcionada a los demandantes, por el contrario el sometimiento a la investigación penal se presentó dentro del contexto de las cargas que cualquier ciudadano debe afrontar, por el sólo hecho de convivir en sociedad.

Finalmente, con fundamento en el criterio objetivo valorativo, condenó en costas a la parte actora, para lo cual valoró que fueron negadas las pretensiones del demandante y además la entidad demandada debió acudir al proceso a través de abogada.

3. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia, en tanto la condenó en costas. Al respecto señaló que, están siendo vulnerados sus derechos toda vez que, se está premiando a la Fiscalía, cuando el señor Jorge Edgar Cardona Escobar, se vio sometido a soportar la carga por parte del Estado de una investigación penal.

Sostuvo que, si bien fueron negadas las pretensiones invocadas por el demandante, no se vislumbra en su actuación en el proceso de reparación directa, que se haya actuado en forma temeraria o de mala fe. Indicó que el juez de primera instancia se apartó de los postulados constitucionales y de los principios generales del derecho al no aplicar el principio de favorabilidad a beneficio de la parte demandante.

III. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Para resolver el interrogante planteado, se analizará, i) el fundamento jurídico sobre las costas, para descender al ii) caso concreto.

2. Fundamento jurídico - Las costas

La Corte Constitucional⁴ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

⁴ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8 del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que “*en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”. En efecto, la aludida corporación⁵ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

3. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo al marco jurídico previamente expuesto, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia apelada se indicó que, se condena en costas procesales a la parte demandante por cuanto fueron negadas sus pretensiones, además que, la parte demandada actuó a través de apoderada judicial, evidenciándose la actividad de defensa realizada por esta.

Por lo tanto, se atendió el criterio objetivo en tanto, la condena en costas se impuso a la parte demandante a quien fueron negadas todas las pretensiones, además se aplicó el criterio valorativo, pues se precisó que, se evidenció la actividad de la abogada de la parte accionada realizada dentro del proceso, como en efecto se constató con la contestación oportuna de la demanda, en la cual planteó excepciones de mérito, compareció a la audiencia inicial y

además, la presentación oportuna de los alegatos de conclusión.

Ahora, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, ello no impedía la aplicación y análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

4. Conclusión

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

5. Costas en esta instancia

No se condenará en costas en esta instancia, de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación.

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

FALLA

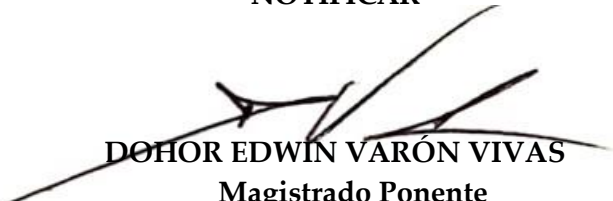
Primero: Confirmar la sentencia del 30 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovida por Jorge Eduardo Cardona Escobar y otros contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen y **hacer** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 175

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

Radicado: 17001-33-33-002-2020-00187-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Colpensiones
Demandado: José Acevedo Correa

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, por medio de la cual se reconoció una sustitución pensional al demandado, porque al momento de realizar el pago del retroactivo de la sustitución pensional, se generó un pago por un mayor valor al que correspondía, toda vez que la mesada de marzo de 2015, fue incluida en el retroactivo de la prestación y a su vez cancelada en la nómina de marzo de 2015, generando con eso, un pago de lo no debido por \$618.836.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene al demandado, reintegrar \$618.836, correspondiente a la diferencia generada entre el retroactivo pagado y el que verdaderamente le correspondía. Así mismo, se ordenar liquidar y pagar las sumas adeudadas de manera indexada y se condene en costas.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, mediante Resolución 1862 del 01 de enero de 1985, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció y ordenó pagar la pensión de vejez a favor del señor José Octavio Acevedo Mejía con efectos a partir del 01 de mayo de 1985, quien falleció el 05 de abril de 2014. Colpensiones mediante Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, reconoció en un porcentaje del 100% la sustitución pensional en favor del señor José Acevedo Correa, con efectos a partir del 05 de abril de 2014, en cuantía de \$616.000 actualizada a 2015 en \$644.350, con un retroactivo generado de \$7.821.352, ingresada en nómina en marzo de 2015, pagadera

en abril de 2015.

Que en revisión oficiosa adelantada por Colpensiones, evidenció que mediante Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, fue ordenado un pago del retroactivo de la sustitución pensional por un mayor valor al que le correspondía, toda vez que la mesada de marzo de 2015, fue incluida en el retroactivo de la prestación y a su vez cancelada en la nómina de marzo de 2015. En vista de los hallazgos referidos, Colpensiones emitió auto de pruebas APSUB 1468 del 08 de abril de 2019, mediante el cual solicitó al señor José Acevedo Correa, autorización expresa para revocar parcialmente la resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, no obstante la notificación exitosa realizada al señor Acevedo Correa, éste no efectuó ningún pronunciamiento.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Con fundamento en lo anterior, indicó como vulnerados, los artículos 48 de la Constitución Política; inciso 7 y párrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005 y ley 100 de 1993.

Señaló que, verificado el sistema de pagos de nómina de Colpensiones se pudo evidenciar que, además de girar el retroactivo detallado en el acto administrativo, se canceló al beneficiario la inclusión de nómina del mes de marzo 2015, lo que quiere decir que dicho periodo- marzo de 2015- fue cancelado al beneficiario dos veces, una en el pago del retroactivo y otra en la inclusión en nómina.

2. Pronunciamiento del demandado

La Curadora Ad Litem del demandado José Acevedo Correa, se opuso a las pretensiones de la demandante, señalando que, operó la caducidad para la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; además que no se acreditó por parte de la entidad la configuración de ninguna de las causales específicas de nulidad de los actos administrativos, y en todo caso, el demandado es un particular que actuó de buena fe dentro del trámite de reclamación de la pensión de sobrevivientes a su favor.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones: - CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; AUSENCIA DE CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS; SUPUESTO ERROR EN EL PAGO NO CONFIGURA UNA CAUSAL DE NULIDAD; Y EL DEMANDADO ES UN PARTICULAR DE BUENA FE CONTRA QUIEN NO SE PUEDEN RECUPERAR LAS PRESTACIONES PAGADAS.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones denominadas “Ausencia de configuración de los requisitos para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos” y “Supuesto error en el pago no configura una causal de nulidad”, formuladas por la demandada, y en consecuencia negó las pretensiones de la actora.

Como fundamento de su decisión señaló que, en el acto administrativo demandado, se

establecieron de manera precisa los criterios, tiempos y valores que se reconocían y cancelarían al beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en la nómina de marzo que debía ser cancelada en abril, sin que allí se observe que, se ordenara un doble pago frente a la mesada de marzo de 2015; otra cosa es que al momento de liquidarse la respectiva nómina, se incluyera posiblemente, nuevamente la mesada de marzo.

Así las cosas, concluyó que la Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, no generó el pago que según la entidad demandante se realizó en exceso al momento de cancelarse el reconocimiento del retroactivo y la mesada de marzo de 2015.

Que unido a lo anterior, Colpensiones no aportó la constancia de consignación y pago de las acreencias reconocidas al señor José Acevedo Correa mediante la Resolución No GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, pues únicamente se limitó a presentar unas liquidaciones realizadas al interior de la entidad, razón por la cual tampoco es factible verificar las sumas que dice la accionante, recibió en exceso el demandado.

4. Apelación

Colpensiones solicitó la revocatoria de la decisión y en su lugar acceder a sus pretensiones. Para ello señaló que, el acto administrativo acusado en este medio de control, vulnera de forma directa el artículo 48 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo No 01 de 2005 y la Ley 100 de 1993, toda vez que se probó la existencia de un error al momento de realizar el pago del retroactivo de la sustitución pensional, generándose un pago por un mayor valor, toda vez que la mesada de marzo de 2015 fue incluida en el retroactivo de la prestación y a su vez cancelada en la nómina de marzo de 2015, generando con eso, un pago de lo no debido por \$618.836.

Resaltó que, los actos administrativos a voces del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, gozan de una presunción de legalidad, en principio de buena fe, para el administrado, la cual, entra a cambiar cuando este tiene conocimiento por parte de la entidad sobre la intención de revocar su propio acto por estar soslayando con alguna norma de carácter constitucional o de ley, la infracción al sistema jurídico, comienza a desbordar perjuicios al orden financiero de la entidad que represento, en calidad de administradora de recursos que pertenecen al sistema de seguridad social en pensiones, como derecho fundamental de todas las personas afiliadas al sistema.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De acuerdo al recurso de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Es nula parcialmente la Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, proferida por Colpensiones, mediante la cual reconoció el pago de una pensión de sobreviviente al señor José Acevedo Correa, por cuanto al momento de realizarse el pago del retroactivo, se canceló un mayor valor al que correspondía?*

Para dar respuesta al interrogante planteado se analizarán: i) el principio de la buena fe para devolución de prestaciones periódicas; ii) los hechos acreditados y iii) el caso concreto.

2. Principio de la buena fe para devolución de prestaciones periódicas

Conforme al artículo 83 Superior, el principio de buena fe implica que: (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico-administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario¹.

En cuanto al alcance del citado principio, la Corte Constitucional² ha sostenido:

«[...] La jurisprudencia constitucional ha entendido el principio de buena fe “como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.”»³

Así, la buena fe es uno de los principios que rige las relaciones entre la Administración y los administrados y se caracteriza por ser leal, honesta y esperada. A partir de lo esbozado anteriormente, es claro que uno de los componentes esenciales de las actuaciones de buena fe es el respeto por la confianza otorgada por las partes. [...]» (Cursiva del texto).

A su turno, el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé que la demanda deberá ser presentada, en cualquier tiempo cuando *«[...] se dirija contra actos que reconozca o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, **no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.** [...]»*. (Negrita de la Sala).

Respecto de la recuperación de dineros pagados a particulares de buena fe, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴, ha manifestado:

«Sin embargo, ella considera que no es viable disponer el reintegro de las mesadas pensionales que han sido pagadas a el señor (...), como se solicita en el escrito introductorio del proceso, en

¹ Ver Sentencia C-071 de 2004, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de febrero de 2004. Referencia: expediente D-4692.

² Sentencia T-437/12 del 12 de junio de 2012. Referencia: Expediente T-2809770.

³ Sentencia C-131 de 2004, citado en la sentencia C-1094 de 2004.

⁴ Sentencia del 15 de septiembre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicado 5200123-33-000-2012-00121-01(4402-13).

virtud del reconocimiento de pensión de jubilación por el acto administrativo acusado, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, situación aplicable en el caso sub-judice, ya que le correspondía a la parte actora probar debidamente que el demandado cuando solicitó la pensión actuó de mala fe y ello no ocurrió así”⁵.

“No obstante lo anterior, la entidad demandada no estaba facultada para pretender unilateralmente recuperar las sumas de dinero que por equivocación pagó pues fueron recibidas por la actora de buena fe. En esa medida, los pagos efectuados por la entidad tienen amparo legal porque fueron recibidos de buena fe por la demandante y en ese orden, no obstante la legalidad del acto que dispuso el reintegro, la Sala considera que la administración no probó ni en la vía gubernativa ni en la judicial la mala fe de la demandante en la obtención de los reajustes pagados”.

“Por ello, la Sala estima que no existen elementos probatorios suficientes para determinar que el demandado al recibir la cantidad de \$73.647.865, 54 actuó de mala fe, pues, conforme al artículo 83 de la Carta Política, la buena fe se presume, y para desvirtuar su existencia debe operar prueba en contrario porque —se repite— en el desprendible de pago no se detallan los conceptos. Dicha suma, según se afirma en el recurso de apelación, corresponde a mesadas pensionales atrasadas, desde el 31 de marzo de 2008, fecha en que el fallo de tutela del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación con el 100% de la bonificación por servicios prestados (f. 309).

Sobre la buena fe, es oportuno recordar lo que la Corte Constitucional ha dicho:

[...] Así las cosas, bajo el criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos [...]

Por lo visto, se ha de revocar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, puesto que el demandado, al actuar de buena fe, no tiene que reintegrar las prestaciones que le pagaron, de conformidad con el artículo 164, numeral 1, letra c), del CPACA.[...]».

Derrotero jurisprudencial reiterado por esta Sección el 16 de agosto de 2018⁶, al considerar que:

«[...] la buena fe se presume en la actuación de los particulares ante las autoridades, por tanto, debe desvirtuarse por quien así la alega. Es así que es de competencia de quien la invoca, en este caso de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

⁵ Sentencia de 2 de marzo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, expediente No. 12.971.

⁶ Sección Segunda, Subsección B, radicado: 25000-23-42-000-2014-03257-01 (4792-2017).

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, acreditar que la demandada, no obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino que por el contrario acudió a maniobras engañosas o documentos falsos, para inducir en error a la administración y a las autoridades judiciales, con el fin de obtener el reconocimiento prestacional».

En ese orden de ideas, cabe señalar que el concepto de buena fe, exigible tanto de los particulares como de las autoridades públicas, se entiende como la necesidad de que toda conducta activa u omisiva que pueda tener trascendencia jurídica se adelante con entera lealtad, rectitud, honradez e integridad, «[...] conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)” [...]»⁷.

Bajo esta intelección, la buena fe, que ha trascendido de principio general del derecho a postulado constitucional, se presume en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, sin embargo se trata de una presunción simplemente legal, habida cuenta que admite prueba en contrario, y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, demostrar que el beneficiario incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, con el fin de obtener un derecho del cual no era beneficiario.

Por ello, al tratarse de un error de la administración al conceder un derecho a quien no reunía los requisitos legales bajo las prerrogativas aplicadas, este hecho no puede permitir a la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe⁸

Distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares respecto de las conductas de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de las decisiones definitivas que resolvieron la cuestión.

En consecuencia, en cada caso concreto deberá el juez verificar a la luz de las pruebas regularmente aportadas al proceso, si la actitud del interesado en sede administrativa o para los efectos de la consecución del derecho, se aparta de los postulados del principio de la buena fe, y si son determinantes en el resultado final de la actuación.

3. Hechos acreditados

Colpensiones mediante Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, reconoció una pensión de sobrevivientes al señor José Acevedo Correa en su condición de beneficiario de su padre José Octavio Acevedo Mejía; en la parte considerativa se indica:

“Que mediante la Resolución No. 1862 del 01 de enero de 1985 se reconoció una pensión a favor del causante la cual fue efectiva a partir del 1 de mayo de 1985, pensión que al retiro de la nomina (sic) equivalía a la suma de \$616,000.00.

Que el (la) causante falleció el 05 de abril de 2014, según Registro Civil de Defunción. (...)

⁷ Sentencia C- 1194 del 3 de diciembre de 2008, Corte Constitucional, expediente D-7379.

⁸ En este sentido, se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 17 de noviembre de 2016, expediente: 2677-15 y del 29 de junio de 2017, expediente: 4321-2016.

Que de acuerdo con los soportes existentes en el expediente y conforme al contenido del Artículo 47 de la Ley 100 de 1993 se considera que:

Tiene (n) derecho a la pensión de sobrevivientes el (los) siguiente (s) solicitante (s):

El señor ACEVEDO CORREA JOSE ya identificado en un porcentaje 100.00 % en calidad de Hijo inválido (sic). La pensión reconocida es de carácter temporal y se mantendrá mientras subsistan las condiciones de invalidez.

(...)

Que respecto al pago del retroactivo, me permito aclararle que una vez consultada la nómina de pensionados se evidencia que la fecha efectiva del retiro del causante fue el 29 de abril de 2014, siendo desde esta fecha realizada la liquidación del retroactivo en el presente acto administrativo (...)"

En la parte resolutive se señaló:

"ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de ACEVEDO MEJIA JOSE OCTAVIO, a partir de 05 de abril de 2014 en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada a 2014: \$616,000

Valor mesada actual = \$644,350

ACEVEDO CORREA JOSE ya identificado(a), en calidad de Hijo inválido con un porcentaje de 100.00%, mientras subsistan las condiciones de invalidez, en los siguientes términos y cuantías:

Valor Mesada Beneficiario(a): \$644,350 SON: SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS CINCUENTA PESOSM/CTE.

Conceptos por Retroactivo:

...

La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 201503 que se paga en el periodo 201504 en la central de pagos del banco POPULAR CP 2DA QUINCENA CARRERA 22 N° 20-12.

A partir de la inclusión en nómina de la presente prestación, se harán los respectivos descuentos en salud conforme a la ley 100 de 1993 en NUEVA EPS S.A."

4. Análisis sustancial del caso concreto

Colpensiones afirma que, el acto administrativo acusado vulnera de forma directa el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No 01 de 2005 y la Ley 100 de 1993, toda vez que al momento de realizar el pago del retroactivo de la sustitución pensional, se generó el pago de un mayor valor, toda vez que la mesada de marzo de 2015 fue incluida en el retroactivo de la prestación y a su vez cancelada en la nómina de marzo de 2015, generando con eso, un pago de lo no debido por \$618.836.

Al respecto la Sala encuentra que, la Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015 detalló de manera precisa y clara los tiempos y valores que se reconocían y cancelarían al beneficiario de la pensión de sobrevivientes, indicando que correspondientes a las mesadas de mayo de 2014 a marzo de 2015, y que sería incluida en la nómina de marzo que debía ser cancelada en abril. De allí que de su contenido no se observe, como lo alega Colpensiones, que dicha resolución haya ordenado un doble pago de la mesada de marzo de 2015.

Otra situación es que, Colpensiones al momento de liquidar la respectiva nómina, incurriera en un error, al incluir nuevamente la mesada de marzo, sin embargo este error no puede ser atribuido al contenido de la Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015.

Por lo tanto, se concluye que, no se evidencia un error en el acto demandado, pues no fue el que determinó el valor que Colpensiones dice pagó en exceso al demandado y por tanto no se configura la nulidad alegada.

Adicionalmente valga resaltar que, Colpensiones no aportó la constancia de consignación y pago de las acreencias reconocidas al demandado en la referida Resolución, lo cual impide verificar las sumas que dice la accionante, pagó en exceso. Conclusión a la que también arribó el *a quo*, sin que Colpensiones realizara alguna oposición en su recurso de apelación.

Aunado a lo anterior, Colpensiones tampoco aduce o aporta prueba que lleve a la certeza de la existencia de mala fe en el actuar del demandado al momento de solicitar el reconocimiento pensional; lo que Colpensiones aduce es que ella incurrió en un error al momento de realizar el pago del retroactivo de la sustitución pensional.

Ahora, la simple afirmación consistente en que, la buena fe del demandado cambió desde el momento en que la entidad le notificó la intención de revocar su propio acto, tampoco permite afirmar que aquel incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas o dolosas y que ello lleve a ordenar la devolución de los dineros pagados en exceso.

5. Conclusión

No se desvirtuó la presunción de legalidad de la Resolución GNR 38717 del 19 de febrero de 2015, proferida por Colpensiones, mediante la cual reconoció el pago de una pensión de sobreviviente al señor José Acevedo Correa, por cuanto, no fue la que determinó el valor que Colpensiones dice pagó en exceso al demandado. Lo que Colpensiones aduce es que ella incurrió en un error al momento de realizar el pago del retroactivo de la sustitución pensional. Además, tampoco se probó la existencia de mala fe en el actuar del demandado al momento de solicitar el reconocimiento pensional.

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por Colpensiones en su apelación y en consecuencia se confirmará la decisión que negó sus pretensiones.

6. Costas en esta instancia

Conforme al citado artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, según el

cual, la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*” y teniendo en cuenta que, en el trámite no se observa que se hayan causado, pues no hubo intervención de la parte demandada, no se condenará en costas a la parte vencida.

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

FALLA

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 30 de mayo de 2023 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Colpensiones contra José Acevedo Correa.

Segundo: No se condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 176

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

Radicado: 17-001-33-39-005-2020-00274-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Blanca Rocío Henao Forero
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado frente a la solicitud del 27 de julio de 2020, en cuanto negó el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación a los 55 años de edad y 20 años servicio, y se condene a la demandada, a que reconozca y pague la pensión de jubilación en una cuantía equivalente al 75% de salario y las primas recibidas, anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada; es decir, a partir del 10 de abril de 2020. Se ordene dar cumplimiento al fallo como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA; al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo y se condene en costas e intereses moratorios.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la accionante nació el 10 de abril de 1965, por lo que tiene más de 55 años; realizó aportes al Instituto de Seguro Social por un periodo correspondiente a 294.43 semanas; que fue vinculada por órdenes de prestación de servicio ante la Secretaría de Educación de Caldas; que, surtidos los trámites para el nombramiento, fue vinculada a la docencia oficial el 28 de febrero de 2004 y hasta la fecha presentación de la demanda se desempeña como docente oficial.

Que al completar los 55 años de edad y los 20 años de servicio oficial, solicitó la pensión

ordinaria de jubilación, para que fuera reconocida a partir del 10 de abril de 2020, fecha en que adquirió el estatus de pensionada, misma que fue resuelta de forma negativa a través del acto ficto originado en petición de 27 de julio de 2020.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Indicó como vulneradas, la Ley 33 de 1985 artículo 1º inciso 2º; Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2; Ley 60 de 1993. Artículo 6; Ley 115 de 1993. Artículo 115; Ley 100 de 1993. Artículo 279; Ley 812 de 2003. Artículo 81; Decreto 3752 de 2003. Artículo 1 y 2.

Luego de realizar una relación cronológica de las normas aplicables a los docentes en la pensión ordinaria de jubilación concluyó que, cuando la Ley 812 de 2003, estableció que el régimen aplicable para los docentes que se encontraban vinculados antes del 26 de junio de 2003, incluyó a quienes fueron vinculados con contratos de prestación de servicios.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales - FNPSM se opuso a las pretensiones de la demandante, aceptó como ciertos los hechos referentes a la fecha de nacimiento y señaló como no ciertos los demás. En su defensa afirmó que, el acto administrativo acusado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso, sin que se encuentre vicio de nulidad, toda vez que su vinculación a la docencia oficial fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Agregó que, las pretensiones no encuentran sustento jurídico si se tiene en cuenta que, para el reconocimiento de la citada prestación debe cumplir con 57 años de edad y haber cotizado 1300 semanas, requisitos que se encuentran taxativamente enunciados en la ley. Con fundamento en lo anterior formuló la excepción de: *“Inexistencia de la obligación”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundadas las excepciones y negó las pretensiones de la demandante. Para ello señaló que, según las pruebas obrantes en el expediente, certificaciones, actas de posesión, la demandante se vinculó como docente en varias instituciones educativas durante los años 1998; 1999; 2000; 2001 a 2003 y finalmente fue nombrada como docente en propiedad desde el 23 de febrero de 2004 hasta la fecha.

Sin embargo, de los tiempos laborados como docente durante los años 1998; 1999; 2000; 2001 a 2003, no existe prueba donde conste el tipo de vinculación, fecha de ingreso, egreso, remuneración, forma de pago de los emolumentos percibidos por estos servicios.

En consecuencia, concluyó que, no se probó efectivamente que la demandante haya acumulado periodos específicos de cotización con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, con miras a acreditar el cumplimiento de requisito de tiempo de pensión, por lo que, el régimen que le rige, es el determinado por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

4. Apelación

La **demandante** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones toda vez que, aportó autorizaciones que certifican que sí existió un vínculo laboral con el ente territorial, encontrándose los elementos necesarios para configurarse el contrato realidad, de esta manera, anexó certificaciones expedidas por los rectores de los colegios oficiales para los cuales laboró, además de certificaciones de 1997 donde se manifiesta que laboró al servicio de instituciones educativas oficiales como docente.

Afirmó que la vinculación al sector docente, se hace con posterioridad del 26 de junio de 2003 y en virtud del material probatorio obrante en el proceso, su ejercicio docente se inicia en 1998 por medio de órdenes de prestación de servicio. Además, es de entender que para ese año el Fomag ya existía y aunado a ello la Ley 91 de 1989 en su artículo 15 se encontraba vigente.

Concluyó que, por remisión directa del artículo 81 de la ley 812 del 2003, ha de entenderse que la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual contempla una pensión equivalente al 75% como ingreso base liquidación, que debe estar conformada por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

5. Traslado del recurso y alegatos de conclusión

La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en estas etapas.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De acuerdo al recurso de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿A la demandante le asiste el derecho a la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1989, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional?*

Para dar respuesta a lo anterior, se abordarán los siguientes aspectos: i) el fundamento jurídico sobre el régimen pensional aplicable y el reconocimiento del tiempo de servicio prestado a través de contrato de prestación de servicios para efectos del reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación; ii) los hechos probados; y iii) el caso concreto.

2. Fundamento jurídico

2.1. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

- i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.*

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 con el fin de sentar jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FNPSM, señaló:

“35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

✓ Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

✓ Al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.

✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes, reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”. (Se resalta).

Según lo referido, jurisprudencialmente se planteó la importancia de diferenciar cuál es el régimen pensional aplicable a cada docente con observancia de su fecha de vinculación o entrada al servicio público oficial educativo, de suerte que se contemplarían las siguientes

opciones:

*“La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

*I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con **anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.***

*II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon **a partir** de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres”. (Se resalta).*

Adicionalmente, en la referida sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de abril de 2019¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado fijó el régimen de 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, en los siguientes términos:

“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: “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”.

49. Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : 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 y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes” .
(...)

52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: asignación básica,

¹ Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, M.P. César Palomino Cortés

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.

53. *La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.*

(...)

67. *En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:*

- *Edad: 55 años*
- *Tiempo de servicios: 20 años*
- *Tasa de remplazo: 75%*
- *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: 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 lo atañadero al segundo grupo de maestros oficiales, conformado por quienes ingresaron al servicio educativo a partir de la Ley 812 de 2003, en el mismo fallo se sostuvo:

68. *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años². Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

69. *A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.*

Así las cosas, se concluye que, de acuerdo con el parágrafo transitorio 1º del acto legislativo 1 de 2005, respecto del régimen pensional de los docentes al servicio educativo oficial procede distinguir entre la aplicación de dos sistemas normativos, según las fechas de

² La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

vinculación del maestro y la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003 (27 de junio), esto es, los conformados por (i) las Leyes 91 de 1985 (letra B del numeral 2 del artículo 15) y 33 de 1985 y (ii) las Leyes 812 de 2003 (artículo 81) y 100 de 1993, las primeras concernientes al régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores estatales y las segundas atinentes al de prima media con prestación definida del sistema integral de seguridad social.

Por consiguiente, quienes con anterioridad al 27 de junio de 2003 estuviesen vinculados como docentes nacionales, nacionalizados y territoriales tendrán derecho a adquirir la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985, al cumplir 55 años de edad³ y 20 de servicios, en cuantía del 75% de lo cotizado durante el último año de servicios, con inclusión de los factores previstos en el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año.

Por su parte, los educadores que ingresaron con posterioridad a dicha fecha podrán acceder a la pensión de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003), al colmar el número de semanas de cotización establecido en esta última norma y llegar a la edad de 57 años de edad (sin importar el género, pues la Ley 812 de 2003 unificó el requisito de edad para hombres y mujeres), por lo que su liquidación será con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años de labores (artículo 21 de la Ley 100) y en atención a los factores enunciados en el Decreto 1158 de 1994⁴.

2.2. Reconocimiento del tiempo de servicio prestado a través de contrato de prestación de servicios docente para efectos del reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 del 25 de agosto de 2016⁵, se refirió al reconocimiento de contrato realidad derivado de la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979⁴⁰ define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, “... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo”.

³ A menos que el maestro sea beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, pues en tal caso le será aplicable la edad pensional prevista en la Ley 6ª de 1945 (50 años, para los educadores territoriales y nacionalizados) y el Decreto 3135 de 1968 (50 años si son mujeres y 55 si son hombres, para los del orden nacional).

⁴ Que previó los siguientes factores sobre los que se debe efectuar aportes: a) asignación básica mensual; b) gastos de representación; c) prima técnica, cuando sea factor de salario; d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; e) remuneración por trabajo dominical o festivo; f) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y g) bonificación por servicios prestados.

⁵ Radicado núm. 23001233300020130026001 (0088-2015). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: (i) “Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos”, (ii) “Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo” y (iii) no “... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa”.

(...)

Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales y docentes – empleados públicos, en el párrafo primero del artículo 6º de la Ley 60 de 1993⁴⁷ se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994 por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva de los “docentes-contratistas” se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y “... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores”, pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material prohibida en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con “Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales”.

Y frente a los aportes a pensión concluyó que “no aplica el fenómeno prescriptivo (...), en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad”.

En sentencias del 4 de julio de 2019⁶, la Subsección B de la Sección Segunda, concluyó que era procedente computar los tiempos de servicio prestados por los docentes a través de contratos de prestación de servicios para efectos pensionales, en razón a que les son aplicables las circunstancias de desigualdad descritas por la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 1994, por lo que, “en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, del derecho a la seguridad social y de la protección constitucional reforzada de las personas de la tercera edad o adultos mayores (...), le asiste el derecho a que le sea computado el lapso laborado a través de contratos de prestación de servicios(...)”.

En sentencia del 13 de febrero de 2020⁷ el Consejo de Estado expuso:

*“Bajo tal entendimiento y dado que en el presente caso la demandante reclama **el computo de***

⁶ (i) Sección Segunda, Subsección B. Expediente 15001-23-33-000-2013-00138-01 (2591-2014). CP. Carmelo Perdomo Cuéter. Demandante: Isabel Segunda Thomas de Camargo. (ii) Sección Segunda, Subsección B. Expediente 54001233300020130040201 (3853-2014). CP. Carmelo Perdomo Cuéter. (iii) Sección Segunda, Subsección B. Expediente 66001233300020130041301 (3446-2014). CP. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 13 de febrero de 2020. Rad.: 54001-23-33-000-2014-00106-01(0156-15).

los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales, la Sala estima que resulta procedente tal pretensión en forma conjunta o acumulada con la de reconocimiento pensional de la docente⁸, porque su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.

Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella”.

En Sentencias del 11⁹ y 18¹⁰ de febrero de 2021, la Subsección A, de la Sección Segunda concluyó que era procedente tener en cuenta el período en el que los demandantes se desempeñaron como docentes mediante contratos de prestación de servicios, pues se consolidó una relación de trabajo para efectos pensionales. Sin embargo, dispuso que, en caso de que los demandantes no hubiesen efectuado los aportes que les correspondía como contratistas, el ente territorial deberá abonar el monto total del aporte que como empleador le habría correspondido por esos periodos al igual que a los docentes les corresponderá asumir el porcentaje a su cargo.

En sentencia del 3 de junio de 2021¹¹ se concluyó que “de acuerdo con la más reciente tesis planteada por esta Corporación, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y en tratándose de docentes oficiales, esta subsección estima que resulta procedente contabilizar el tiempo durante el cual estos prestaron sus servicios al Estado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación”. Y dispuso sobre los aportes a pensión que la entidad demandada:

“...deberá repetir en contra de la entidad de previsión a la cual la demandante acredite que se encontraba afiliada durante el lapso que subsistió la relación contractual con el Departamento del Meta, a fin de solicitar el reembolso de las cotizaciones a pensión efectuadas por aquella en dicha oportunidad, siempre y cuando así lo demuestre o asegure la señora ELSA ESPERANZA HERNÁNDEZ ORTIZ. En todo caso, se autoriza al mentado fondo, descontar de los valores adeudados a la libelista en virtud de la condena, los saldos pendientes parciales o totales en su contra si existen después del cumplimiento del precepto anterior, por concepto de aportes a pensión que en la proporción como trabajadora le correspondía efectuar por el período que

⁸ Al tenor del artículo 165 del CPACA se podrán acumular pretensiones cuando el juez pueda conocer de todas, no se excluyan entre sí, no haya operado la caducidad y todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

⁹ 20 i) Sección Segunda, Subsección A. Expediente 81001-23-33-000-2013-00005-01 (4114-2014). CP. William Hernández Gómez. (ii) Sección Segunda, Subsección A. Expediente 81001-23-33-000-2013-00079-01 (4021-2014). CP. William Hernández Gómez.

¹⁰ Sección Segunda, Subsección A. Expediente 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014). CP. William Hernández Gómez.

¹¹ Sección Segunda. Subsección A. Expediente 50001233300020180035701 (5585-2019). CP. Gabriel Valbuena Hernández.

subsistió la relación contractual”.

En sentencia del 17 de junio de 2022¹² en un caso en el que se buscaba el reconocimiento de una pensión por aportes para un docente que había tenido vinculaciones por contrato de prestación de servicios, sobre la posibilidad de reconocer este tiempo como válido para el reconocimiento pensional, indicó lo siguiente:

“A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el tener como demostrada a favor de la libelista la prestación de servicios propios de una docente oficial por el tiempo que se ejecutaron los contratos respectivos celebrados entre aquella y el municipio de Sogamoso. Ello en atención a que los mentados vínculos contractuales, en esencia lo que consolidaron fue una relación laboral subrepticia que implica tener en cuenta su vigencia para efectos de acumular ese lapso al período de labores de la demandante como educadora estatal y por ende que se deriven las consecuencias, que en lo que respecta al marco normativo aplicable le correspondían en virtud de dicha calidad, tal como fue deprecado en la demanda.

No obstante, debe resaltarse que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron los efectos de la referida situación, solo a los impactos que en lo atinente al derecho a la pensión conlleva esta evidencia de una relación laboral oculta, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues ello no había sido materia de discusión.

En suma, para el caso sub iudice, las referidas consideraciones únicamente implican tener el período durante el cual subsistió la enervada relación contractual, como tiempo de servicio efectivamente laborado y acumulable en materia de acreditación de requisitos para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación por parte de la señora Carvajal Meléndez, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones”.

De acuerdo a la actual posición del Consejo de Estado, y que acogerá esta Sala de decisión, la prestación de servicios, anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003 por órdenes o contratos de prestación de servicios se computa para efectos pensionales, para el cumplimiento del requisito de tiempo de servicio.

3. Lo probado en el proceso

-. La señora Blanca Roció Henao Forero nació el 10 de abril de 1965.

-. De acuerdo a la Certificación emitida por la Secretaria de Educación de Caldas¹³, y conforme a las autorizaciones de servicios aportadas¹⁴, la demandante prestó los servicios como docente por órdenes de prestación de servicios, en los siguientes periodos, para un total de 54 meses, así:

¹² Sección Segunda. Subsección “A”. Rad. 15001-23-33-000-2019-00357-01 (4678-2021),

¹³ AD. 07AnexoPruebasDemandante.pdf

¹⁴ Fl. 29-37 AD. 02Demanda.pdf

<i>AÑO</i>	<i>MES</i>	<i>VALOR</i>	<i>Establecimiento Educativo</i>	<i>Municipio</i>
1997	<i>Julio</i>	728.261	<i>Escuela Concepción Ruiz</i>	<i>Manizales</i>
	<i>Octubre</i>	421.625		
	<i>Noviembre</i>	370.519.		
	<i>Diciembre</i>	536.614		
<i>AÑO</i>	<i>MES</i>	<i>VALOR</i>	<i>Establecimiento Educativo</i>	<i>Municipio</i>
1998	<i>Mayo</i>	744.615	<i>Escuela Concepción Ruiz</i>	<i>Manizales</i>
	<i>Junio</i>	649.558		
	<i>Agosto</i>	332.700		
	<i>Septiembre</i>	411.915		
	<i>Octubre</i>	475.286		
	<i>Noviembre</i>	253.486		
<i>AÑO</i>	<i>MES</i>	<i>VALOR</i>	<i>Establecimiento Educativo</i>	<i>Municipio</i>
1999	<i>Marzo</i>	364.386	<i>Escuela Gabriela Mistral</i>	<i>Manizales</i>
	<i>Abril</i>	510.140		
	<i>Mayo</i>	528.360		
	<i>Junio</i>	491.921		
	<i>Julio</i>	491.921		
	<i>Septiembre</i>	637.676		
	<i>Octubre</i>	546.579		
	<i>Noviembre</i>	546.579		
	<i>Diciembre</i>	765.211		
<i>AÑO</i>	<i>MES</i>	<i>VALOR</i>	<i>Establecimiento Educativo</i>	<i>Municipio</i>
2000	<i>Mayo</i>	307.745	<i>Escuela Rural La Bohemia</i>	<i>Risaralda</i>
	<i>Junio</i>	327.947		
	<i>Julio</i>	255.070		
	<i>Agosto</i>	255.070		
	<i>Septiembre</i>	546.579		
	<i>Octubre</i>	546.579		
	<i>Noviembre</i>	546.579		
	<i>Diciembre</i>	856.307		

<i>AÑO</i>	<i>MES</i>	<i>VALOR</i>	<i>Establecimiento Educativo</i>	<i>Municipio</i>
2001	Marzo	636.831	Escuela Rural la Quiebra de Varillas	Risaralda
	Abril	1.056.148		
	Mayo	298.514		
	Junio	597.029		
	Julio	338.316		
	Agosto	305.978		
	Septiembre	611.955		
	Octubre	676.634		
	Noviembre	611.955		
	Diciembre	795.242		
<i>AÑO</i>	<i>MES</i>	<i>VALOR</i>	<i>Establecimiento Educativo</i>	<i>Municipio</i>
2002	Enero	752.391	Escuela Rural la Quiebra de Varillas	Risaralda
	Abril	573.305		
	Mayo	1.412.712		
	Junio	752.391		
	Julio	752.391		
	Septiembre	978.108		
	Octubre	752.391		
	Noviembre	597.193		
<i>AÑO</i>	<i>MES</i>	<i>VALOR</i>	<i>Establecimiento Educativo</i>	<i>Municipio</i>
2003	Abril	1.605.101	Escuela Rural la Quiebra de Varillas	Risaralda
	Mayo	576.833		
	Junio	752.391		
	Julio	551.753		
	Agosto	426.355		
	Septiembre	752.391		
	Octubre	752.391		
	Noviembre	752.391		
	Diciembre	1.584.728		

-. Posteriormente, la demandante fue nombrada como docente, en provisionalidad y posteriormente en propiedad, por la Secretaria de Educación de Caldas, mediante Decreto 0059 de 23 de febrero de 2004, tomando posesión del cargo el 28 de febrero de 2004,

encontrándose en servicio activo, de conformidad con el Formato Único para la expedición de certificados de historia Laboral expedido por el Fomag el 20 de mayo de 2020, para un total de **14 años, 10 meses y 14 días**¹⁵.

- De acuerdo al certificado de afiliación al Fomag, expedido por la Fiduprevisora, el 16 de febrero de 2023, la demandante se encuentra aún afiliada, en estado activo.¹⁶

- La demandante el 27 de julio de 2020 solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, con el 75% de los salarios y primas percibidas en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, a partir del 10 de abril de 2020.¹⁷

4. Análisis sustancial del caso concreto

4.1. En cuanto al régimen aplicable

De acuerdo con el fundamento jurídico expuesto y los hechos acreditados, encuentra la Sala que, la demandante prestó sus servicios como docente desde 1997, es decir, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, lo que permite inferir que el régimen aplicable en su caso sería la Ley 33 de 1985.

Lo anterior teniendo en cuenta que, existe un precedente pacífico, reiterado y uniforme por parte de las dos subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto de la procedencia de contar los tiempos servidos por docentes mediante órdenes o contratos de prestación de servicios para efectos del cumplimiento del tiempo requerido para el reconocimiento de la pensión de jubilación, teniendo como fundamento y sustento las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia SU del 25 de agosto de 2016.¹⁸

4.2. Cumplimiento de los requisitos pensionales

La Ley 33 de 1985, en relación con los requisitos para acceder a la pensión dispuso:

“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”.

Según el material probatorio, la actora cumplió los 55 años el 10 de abril de 2020 y en cuanto al tiempo laborado como docente se tiene que, para el 23 de mayo de 2020, fecha en que fue emitido el certificado el Formato Único para la expedición de certificados de historia Laboral expedido por el Fomag, acumularía un total de 19 años, 4 meses y 14 días. Por lo que cumplió los 20 años de servicios docentes el 9 de diciembre de 2020; lo anterior teniendo en

¹⁵ FL 38-42. A.D. 002Demanda.pdf

¹⁶ Fl 6 AD. 21AlegatosMin.pdf

¹⁷ FL 59-66. A.D. 002Demanda.pdf

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 11001-03-15-000-2021-06830-00. CP. Milton Chaves García.

cuenta que, de acuerdo al certificado de afiliación al Fomag, expedido por la Fiduprevisora, el 16 de febrero de 2023, la demandante aún se encontraba afiliada, en estado activo¹⁹.

Denota lo anterior que, la accionante adquirió el estatus pensional el **9 de diciembre de 2020**, pues en esa data acreditó el último requisito establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, este es, los 20 años de servicios docentes.

4.3. Ingreso base de liquidación de la pensión

Tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985”,* y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

El artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

***Artículo 1°.** 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.

En el caso concreto, el último año anterior al estatus de pensionada de la demandante, estaría comprendido entre el 9 de diciembre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020, lo que daría derecho a que su pensión sea calculada con los factores salariales percibidos en ese periodo, de conformidad con la Ley 62 de 1985.

Así, según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag de 20 de mayo de 2020, entre el 1° de enero de 2019 al 30 de abril de 2020 la demandante devengó: *asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente, prima de vacaciones, bonificación pedagógica y horas extras.*

Sobre la bonificación mensual, la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de octubre de 2019 estableció que, a pesar de que la bonificación de que trata el artículo 1° del Decreto 1566 de 2014 no se halla enumerada dentro del catálogo de factores a que alude el artículo 10 de

¹⁹ FI 6 AD. 21AlegatosMin.pdf

la Ley 62 de 1985, porque se creó con posterioridad, también es claro que la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales.

En efecto, el Decreto 1566 de 2014 consagra:

ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

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

Dicho decreto fue derogado por los Decretos 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, 322 de 2018, 1022 de 2019, 298 de 27 de febrero de 2020²⁰ y Decreto 965 de 2021 en los cuales se ha previsto aquella bonificación mensual en las vigencias de 2015 a 2021 y en todos, como en el primero de la anunciada normativa, se dispone el carácter salarial de la bonificación para todos los efectos, y ordena que sobre aquella se hagan los aportes de orden legal.

Ello denota que es permitida la inclusión de la bonificación mensual en el IBL de la pensión, toda vez que su creación legal fue posterior a la Ley 33 de 1985 y porque se trata de un emolumento sobre el cual, conforme a la norma que lo creó, se debieron realizar aportes, tal y como lo establece el ya mencionado Decreto 1566 de 2014.

Sobre la bonificación pedagógica, si bien no se halla enumerada dentro del catálogo de factores a que alude el artículo 10 de la Ley 62 de 1985, porque se creó con posterioridad, también es claro que la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales, pues el Decreto 1272 de 9 de junio de 2015²¹ “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones” señaló que “**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**” y el Decreto 2354 de 2018²², establece:

“ARTÍCULO 2. Creación de la bonificación pedagógica. Créase la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:

²⁰ Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones y otras fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.

²¹ Derogado por los Decretos 120, 121, 122, 123 de 2016

²² “Por el cual se crea la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación”

1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.
2. En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.
3. A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación."

ARTÍCULO 3. Criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica. Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.
2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.
3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.
4. **La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.**
5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración." (Se resalta)

Ello denota que, es permitida la inclusión de la bonificación pedagógica en el IBL de la pensión, además que se trata de un emolumento sobre el cual, conforme a la norma que lo creó, se debieron realizar aportes, tal y como lo establece el ya mencionado Decreto 1272 de 2015 y el Decreto 2354 de 2018.

Sobre la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, estos no se encuentran enlistados en la norma mencionada, aunado a que no se probó haber efectuado aportes sobre ellas, por lo que no deben incluirse en el IBL.

Además, en cuanto a la prima de servicios tampoco es procedente su inclusión, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Lo expuesto permite concluir que, para este caso la tasa de reemplazo que se debe aplicar es del 75%, del ingreso base de liquidación - que corresponde al promedio de **la asignación mensual, la bonificación mensual, la bonificación pedagógica y las horas extras** - devengado por la libelista durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre el 9 de diciembre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020.

4.4. Nulidad y restablecimiento del derecho

Así las cosas, la demandante efectivamente está cubierta por la Ley 33 de 1985 para efectos pensionales y se acreditó que cumple los requisitos de esta norma, por lo que es procedente revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar la nulidad del acto administrativo ficto demandado y a título de restablecimiento del derecho, ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez calculada en un 75% del ingreso base de liquidación - que corresponde al promedio de la asignación mensual, la bonificación mensual, la bonificación pedagógica y las horas extras - devengado por la libelista durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre el 9 de diciembre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020.

Ahora bien, aunque la Constitución prescribe en su artículo 128 que *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”*, es precisamente en virtud de la excepción contemplada en la Ley 4ª de 1992, artículo 19, que la aquí demandante puede disfrutar de la pensión de vejez sin que le sea exigible el retiro definitivo del servicio. En efecto, la norma en cita dispone:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;*
- g) **Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados;***

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.” /Resalta la Sala/

El Consejo de Estado en lo que se refiere a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el salario, ha trazado una clara y pacífica línea jurisprudencial²³, la cual ha sido plasmada, entre otras, en las providencias del 13 febrero de 2020 y del 17 de septiembre de 2020, dictadas por la Sección Segunda, Subsección A, en los procesos con radicaciones 54001 23 33 000 2014 00106 01 (0156-2015) y 81001 23 33 000 2014 00055 01 (2524-2015),

²³ Al respecto se pueden ver las sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, del 15 de marzo de 2018, radicación 05001 23 33 000 2014 00331 01 (0509-16) y del 16 de julio de 2020, radicación 05001 23 33 000 2015 00674 01 (2297-19). De la Sección Segunda, Subsección B, del 25 de septiembre de 2020, radicación 25000 23 42 000 2013 01579 01 (3862-14).

respectivamente, en las que se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión sin condicionarlo al retiro del servicio.

Resulta claro entonces que, por tratarse en este caso de una docente que se encuentra inmersa en la excepción prevista en el precepto normativo ya citado, el reconocimiento de la pensión de vejez no conlleva la exigencia de que se retire definitivamente del servicio para poder disfrutar de dicha prestación vitalicia.

En cuanto a los aportes por prestación de servicios docentes al departamento de Caldas debieron ser efectuados a la Administradora y/o fondo de pensiones que eligiera el contratista, de cuya demostración se hacía depender el pago del sueldo. Y los aportes por el servicio prestado a partir de 2004 se debieron efectuar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Además, debe tenerse en cuenta que los aportes a pensión por su propia naturaleza, equivalen a tributos en clave de contribuciones parafiscales con una destinación específica que los hace imprescriptibles. Con base en ello, su recaudo puede decretarse en cualquier momento de manera actualizada en las proporciones que tanto al trabajador como al empleador le habrían correspondido durante el período correspondiente, a fin de que la entidad de previsión obligada pueda pagar sin detrimento patrimonial la prestación reconocida.²⁴

4.5. De la prescripción de mesadas pensionales

Habida cuenta que se accederá al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación deprecada por la parte activa, resulta indispensable verificar la ocurrencia o no del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas adeudadas.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que, la configuración de la mentada figura requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido las acciones correspondientes para reclamar los derechos que considera vulnerados. Ese tiempo se cuenta por 3 años desde que la obligación se haya hecho exigible, con una posibilidad de interrupción del término por un lapso igual, tal como lo indica el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 aplicable al *sub examine*, que reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanan 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”.*

²⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

En consecuencia, para determinar la fecha de exigibilidad del derecho a restablecer, a partir de la cual debe comenzar a contabilizarse el lapso referido en el presente caso, tendrá que considerarse el hecho de que esta data se concreta desde el 10 de diciembre de 2020, cuando la demandante adquirió el estatus jurídico pensional y por consiguiente consolidó la prerrogativa a percibir la prestación en litigio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 6 de noviembre de 2020²⁵, es claro que no habían transcurrido los 3 años de prescripción. Siendo esto así, se condenará entonces a la parte demandada a cancelar las mesadas adeudadas desde el 10 de diciembre de 2020 hasta la inclusión de la demandante en la respectiva nómina de pensionados.

4.6. Indexación

La entidad demandada deberá actualizar las sumas adeudadas en favor de la actora conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA²⁶, y para tal efecto atenderá la pauta fijada por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 12 de marzo de 1998²⁷. Para ello, se dará aplicación a la siguiente fórmula:

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

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 CPACA, Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

4.7. De las excepciones formuladas

La demandada Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, en su escrito de contestación de la demanda, propuso como excepción la que denominó “Inexistencia de la obligación”, la cual se declarará infundada de conformidad con los argumentos de fondo expuestos en esta sentencia.

5. Síntesis de la decisión

Por las consideraciones expuestas, la Sala revocará la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones de la demandante y en su lugar, declarará infundada la excepción de “Inexistencia de la obligación”, formulada por la demandada; en consecuencia se declarará la

²⁵ 01ActaReparto.pdf

²⁶ ...Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”

²⁷ “Ahora bien, para liquidar dicha indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el más reciente una menor, y como es lógico ejecutando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes”

nulidad del acto administrativo ficto negativo configurado frente a la solicitud del 27 de julio de 2020, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una pensión de vejez.

A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca y pague en favor de la accionante una pensión de vejez, a partir del 10 de diciembre de 2020, calculada en un 75% del ingreso base de liquidación - que corresponde al promedio de la asignación básica, de la bonificación mensual docente, de la bonificación pedagógica y de las horas extras-devengado por la libelista durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre el 9 de diciembre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020. Lo anterior, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año; y sin que se exija el retiro definitivo del servicio para gozar de dicha prestación vitalicia.

6. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación* (...)”. Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite no se observa que se hayan causado, y que esta decisión se basa en la actual posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y que se accede de manera parcial a las pretensiones de la actora, no se condenará en costas a la parte vencida.

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

FALLA

Primero: Se revoca la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Blanca Rocío Henao Forero contra la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: En su lugar, se declara infundada la excepción de “*Inexistencia de la obligación*”, propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tercero: Se declara la nulidad del acto administrativo ficto negativo configurado frente a la solicitud del 27 de julio de 2020, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una pensión de vejez a la edad de 55 años.

Cuarto: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca y pague en favor de la señora Blanca Rocío Henao Forero identificada con la cedula de ciudadanía número 30.297.168 una pensión de vejez, a partir del **10 de diciembre de 2020**, calculada en un 75% del ingreso base de liquidación - que corresponde al promedio de la asignación mensual, la bonificación mensual, la bonificación pedagógica y las horas extras- devengado

por la libelista durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre el 9 de diciembre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020. Lo anterior, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año; y sin que se exija el retiro definitivo del servicio para gozar de dicha prestación vitalicia.

Quinto: La entidad demandada deberá actualizar las sumas adeudadas en favor de la parte actora, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA., y para tal efecto atenderá la pauta fijada por el Consejo de Estado, reseñada en la parte considerativa de este proveído. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

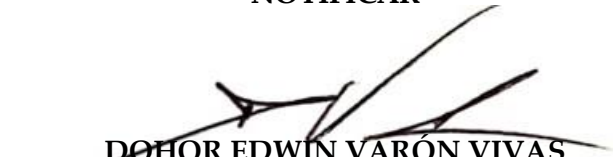
Sexto: No se condena en costas en ambas instancias.

Séptimo: Se ordena a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo dispone los artículos 192 y 194 del CPACA.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

A.I. 221

Radicación	17001-33-39-008-2020-00324-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Departamento de Caldas
Accionado	Colpensiones

I. Asunto

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandada contra el auto del 11 de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se accedió a 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

El departamento de Caldas presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando lo siguiente:

- “1. Declarar la NULIDAD DE LA RESOLUCION SUB 150627 del 14 de julio de 2020, expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio del cual resuelve un trámite de prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida, respecto de la imputación de la cuota parte que financia la prestación que se le imputa al Departamento de Caldas, por expedición irregular del acto, falsa motivación, violación al debido proceso y al derecho de defensa.*
- 2. Declarar la NULIDAD DE LA RESOLUCION SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020, por medio de la cual se rechaza el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020.*
- 3. Declarar la NULIDAD DE LA RESOLUCION ACLARATORIA SUB A 198550 del 26 de octubre de 2020, por medio de la cual se aclara la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020.*

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

- 1. Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que, a través de la expedición de un nuevo acto administrativo, se sirva realizar la consulta de la cuota parte a la que está obligada hacer a las entidades concurrentes, en este caso al Departamento de*

Caldas, tal como lo ordenan los Decretos 2921 de 1948 y 1848 de 1969 y el artículo 2 de la Ley 33 de 1985.

2. Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que reintegre en la proporción que corresponda, debidamente indexados, los emolumentos por concepto de cuotas partes pensionales que hubiere llegado a cancelar el Departamento de Caldas con ocasión a la distribución de la carga prestacional llevada a cabo de manera irregular por la administradora de pensiones a través de los actos administrativos demandados.

[...]”

En escrito aparte solicitó suspensión provisional de los siguientes actos proferidos por Colpensiones, para lo cual la administradora de pensiones deberá asumir la prestación hasta tanto se resuelva el fondo de la litis: Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020; Resolución SUB 198520 del 17 de septiembre de 2020 y Resolución SUB A 198520 del 26 de octubre de 2020.

Expuso que, mediante Resolución GNR 325406 del 18 de septiembre de 2014, Colpensiones reconoció pensión de vejez al señor José Fernando Gómez Arango a partir del 6 de noviembre de 2013; en dicho acto administrativo no estableció los tiempos de servicios y la forma de financiar la prestación, y con el argumento de que se trató de un error meramente formal ☐ no sustancial - ya que no cambia el sentido material de la decisión adoptada -, expidió la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020, con la cual modificó el primer acto administrativo citado y asignó una cuota parte de la pensión de vejez al departamento de Caldas.

Frente a la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020, con oficio UPS-7312 del 25 de agosto de 2020, la Unidad de Prestaciones departamental interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, objetando la cuota parte asignada; sin embargo, Colpensiones profirió la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020 rechazando el recurso por cuanto el acto administrativo no había sido notificado sino comunicado y no procedía recurso alguno, y en la parte considerativa argumentó:

“Que tomando en cuenta que el traslado del asegurado al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES procede el cobro de la CUOTA PARTE PENSIONAL a las entidades del sector público encargadas de financiar la prestación de conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la Ley 33 de 1985, sin embargo y en estricto acatamiento de la orden judicial impartida por la Honorable Corte Constitucional mediante Auto No.320 del 19 de Diciembre de 2013 y el Auto No.130 del 13 de Mayo de 2014, esta dependencia procederá a emitir el acto administrativo definitivo de reconocimiento de la pensión indicando las entidades que participan como cuotapartistas, el porcentaje y valor de la prorrata con el cual concurren en la financiación, sin llevar a cabo el procedimiento de consulta de la cuota parte pensional instaurado por la Circular 069 de 2008 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social.”

Señala que, posteriormente, la demandada expidió la Resolución SUB A 198550 del 26 de octubre de 2020, por la cual aclara la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020, en el sentido de no rechazar sino declarar improcedente el recurso interpuesto por el Departamento de Caldas. Al respecto, la parte demandante advierte que la Corte Constitucional, en el Auto No.320 de 2013, en ningún momento suspendió los efectos de los Decretos 2921 de 1948 y 1848 de 1969 ni el artículo 2 de la Ley 33 de 1985, que establecen la obligatoriedad de las administradoras de pensiones de realizar la respectiva consulta de la cuota parte a las entidades cuota partistas, procedimiento que en este caso omitió COLPENSIONES y pretendió subsanar el error contenido en la Resolución GNR 325406 de 2014 con la expedición de la Resolución SUB 150627 de 2020; sin embargo, este último acto fue expedido de forma irregular pues no se cumplió el procedimiento señalado para ello y privó al departamento de Caldas de revisar la cuota parte que se le estableció, objetarla y en todo caso presentar los recursos de ley, haciendo más gravoso su derecho de defensa.

Auto apelado.

Mediante auto interlocutorio del 11 de agosto de 2022, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales accedió a la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos en cuestión, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECRÉTASE la medida cautelar solicitada por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, consistente en la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos de las Resoluciones SUB 150627 del 14 de julio de 2020, SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020 y SUB A 198550 del 26 de octubre de 2020, expedida por COLPENSIONES; por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Como fundamento de la decisión, el a quo hizo ver que, frente a la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020, la Unidad de Prestaciones Departamental interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, objetando la cuota parte asignada al ente territorial por el período laborado por el señor José Fernando Gómez Arango en el Hospital San Juan de Dios- Caldas, del 18 de agosto de 1987 al 15 de enero de 1989. No obstante lo anterior, Colpensiones profirió la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020 en la cual rechazó el recurso aduciendo que dicho acto administrativo no había sido notificado sino comunicado y no procedía recurso alguno. En tales circunstancias, Colpensiones procedió a fijar el porcentaje a las entidades cuotapartistas, sin realizar el trámite consagrado en la ley 33 de 1985 **que** en su artículo 2º.

En relación con el trámite de consulta advirtió que, con ocasión de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional (Auto 110 del 05 de junio de 2013) en la transición entre el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, se suspendió dicho trámite, decisión que fue ampliamente desarrollada en los Autos 320 del 30 de enero de 2014, 130 del 13 de mayo de 2014 y 259 del 19 de septiembre de 2014 de la Corte Constitucional. Posteriormente, la Corte Constitucional declaró superado el mencionado estado de cosas inconstitucional por medio de la sentencia T-774/15, lo que conllevó a la reactivación del procedimiento de consulta.

Para resolver también tomó en consideración que, la Ley 1753 de 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 “Todos por un nuevo país”, ordenó en su artículo 78 la supresión de las cuotas partes pensionales. Pese a ello, en el párrafo primero del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1337 de 2016 se estableció que *continuarían vigentes las cuotas partes pensionales por cobrar y por pagar entre entidades territoriales, y entre estas entidades y las entidades del orden nacional, las cuales continuarán reconociéndose y pagándose en la forma prevista en las disposiciones vigentes.*

Teniendo en cuenta lo anterior, coligió que este asunto se trata de una cuota parte pensional que se discute entre una entidad territorial (Departamento de Caldas) y una entidad del orden nacional (Colpensiones), lo que impone que se le sigan aplicando las normas procedimentales que regulaban la materia, esto es, Decretos 2921 de 1948 y 1848 de 1969 y artículo 2º de la Ley 33 de 1985.

Concluyó que, al confrontar la situación fáctica con la premisa normativa, se observa una violación de las disposiciones legales invocadas por la parte demandante en la medida que la omisión en que incurrió Colpensiones, vulnera flagrantemente el derecho al debido proceso del Departamento de Caldas, al disponer en cabeza de este una cuota parte sobre la que no otorgó oportunidad para pronunciarse, pasando por alto la afectación que sobre el presupuesto de la entidad, genera dicha decisión.

Recurso de apelación.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, con base en lo siguiente:

- La parte demandante no sustentó en debida forma la solicitud de medida cautelar, mucho menos indicó cual sería el perjuicio ocasionado sino se decretaba dicha medida, situación que no tuvo ningún valor probatorio por parte de la judicatura para desatar dicha medida, incumpliendo así lo estipulado en el artículo 229 del C.P.A.C.A.

- Si bien es cierto que el departamento de Caldas, a través de su apoderado, interpuso un recurso frente a la resolución que le impuso una cuota parte pensional, no es menos cierto que frente a ese acto no era procedente recurso alguno; razón por la cual estima que dicho ente territorial, una vez recibida la comunicación de la liquidación de la cuota parte pensional, debió objetarla y aportar los elementos de prueba que demostrara su objeción.

- No es factible desde una perspectiva legal, decretar la suspensión provisional del acto administrativo demandado 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 y la suspensión del acto acarrearía posiblemente también la suspensión del pago de la mesada pensional del señor Néstor Javier Patiño Hurtado.

II. Consideraciones de la Sala

1. Medida cautelar de suspensión provisional de actos administrativos. Marco legal.

En el sub júdece se reclama la suspensión provisional de las Resoluciones SUB 150627 del 14 de julio de 2020, SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020 y SUB A 198550 del 26 de octubre de 2020, expedidas por Colpensiones.

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. Suspende provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

El artículo 231 Ibidem, dispone:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional 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 En adelante C.P.A.C.A.

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.

/rft/

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

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

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

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

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

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

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

“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”

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.

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

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

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

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

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

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

Conviene precisar que, en los demás casos, esto es, aquellos referidos a medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de actos administrativos, el análisis de Juez sí debe recaer en otros requisitos tales como: i) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; ii) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; iii) Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla; iv) Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

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

2. Consulta de cuota parte pensional. Normas aplicables.

En el régimen de seguridad social del sector público previo a la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó la institución de las «cuotas partes pensionales» como un mecanismo que permitía a la última entidad oficial empleadora o a la última entidad de previsión, que hubieran tenido a su cargo el reconocimiento de una pensión, dividir el costo de esta proporcionalmente entre las demás entidades en que el trabajador haya laborado o

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.

efectuado aportes, mediante el cobro a estas de la «cuota parte» respectiva, en proporción al tiempo de servicios o aportes a cada una de ellas⁴

La Ley 72 de 1947, *artículo 21*, dispuso que los servidores públicos que se encuentren afiliados a una Caja de Previsión Social pueden exigir el pago de la totalidad de su pensión de jubilación, para lo cual la Caja pagadora repetirá de las entidades obligadas al reembolso el monto que proporcionalmente les corresponda. Esta norma fue reglamentada por el Decreto Reglamentario 2921 de 1948, que en sus artículos 2 y 3 estableció el procedimiento que debe adelantar la Caja de Previsión Social que reciba una solicitud de pago de pensión de jubilación que esté a su cargo y de varias entidades, en los siguientes términos:

«Artículo 2. La Caja de Previsión Social que reciba una solicitud de pago de una pensión de jubilación que sea de su cargo y de varias entidades, la pondrá en conocimiento de éstas y les remitirá copia del proyecto de resolución que elabore, y de los documentos que sean necesarios para que cada una de tales entidades pueda establecer si son correctos, si está obligada a la cuota que se le asigna y si se ajusta a las disposiciones legales que la rigen. /rft/»

Parágrafo. La entidad que reciba las copias a que se refiere este artículo, y que considere necesario el examen de los documentos presentados, podrá solicitarlos, y la Caja en cuyo poder se encuentren los desglosará y se los remitirá, pero dejando copia auténtica de ellos.

Artículo 3. Dentro de los quince días hábiles siguientes la Caja o la entidad en cuyo conocimiento es puesta la solicitud deberá manifestar si la acepta o si la objeta con fundamento legal. En caso de que guardare silencio, la Caja que inicialmente recibió la solicitud de reconocimiento de la pensión le exigirá la devolución de los documentos originales que le hubiere remitido, si es el caso, y dictará la providencia que decida sobre la solicitud del empleado.»

El artículo 9 del Decreto Reglamentario 2921 de 1948 señala, que la Caja a la cual corresponda el pago de una pensión formada por cuotas de diversas entidades, repetirá contra las demás entidades obligadas, formulando las respectivas cuentas de cobro, a las que debe adjuntar la comprobación de haber efectuado los pagos, las que deberán ser canceladas a su presentación.

Posteriormente, el Decreto Ley 3135 de 1968, enlistó entre las prestaciones a cargo de las entidades de previsión a la que se halle afiliado el empleado público o trabajador oficial, las pensiones por motivo de invalidez, jubilación o vejez y de retiro por vejez.

Seguidamente, a través del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, artículo 75, el Gobierno Nacional reglamentó el mencionado Decreto Ley 3135 de 1968 en el sentido de establecer que:

«Artículo 72. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación, En este caso, el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta.

Artículo 75.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

⁴ Arenas Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Legis Editores S.A. 4ª Edición. 2018. Bogotá D.C. Páginas 489 a 492.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 30. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión. /rft/

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.»

Luego, la Ley 33 de 1985, artículo 2°, señaló que la Caja de Previsión a cuyo cargo esté el pago de la pensión de jubilación, puede repetir a prorrata del tiempo que el pensionado haya cotizado contra las demás Cajas de Previsión u organismos no afiliados a ellas a los que haya efectuado aportes:

«Artículo 2°. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos. /rft/

Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.»

Por su parte, la Ley 71 de 1988, previó en su artículo 7° que los empleados y trabajadores que acrediten 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, de cualquier orden y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación si cumplen los requisitos para ello; para lo cual el Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para su reconocimiento y pago y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Posteriormente, y ya en vigencia de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2709 de 1994 adoptó las condiciones para el pago de las cuotas partes pensionales, señalando en qué casos está obligada una entidad de previsión a pagar la pensión de jubilación por aportes e imponiendo la obligación a todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya realizado aportes, de contribuir con la cuota parte que le corresponda, así:

«Artículo 10. La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

Parágrafo. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha

prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago.

Artículo 11. Cuotas partes. Todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagadora de la pensión con la cuota parte correspondiente.

Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince (15) días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual, si no se ha recibido respuesta, se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión. /rft/

La cuota parte a cargo de cada entidad de previsión será el valor de la pensión por el tiempo aportado a esta entidad, dividido por el tiempo total de aportación».

Por su parte, la Ley 1753 de 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 “Todos por un nuevo país”, ordenó la supresión de las cuotas partes pensionales, de la siguiente manera:

Artículo 78. Las entidades públicas del orden nacional que formen parte del Presupuesto General de la Nación, cualquiera sea su naturaleza, y Colpensiones, suprimirán las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales. Esta posibilidad aplicará tanto para las cuotas causadas como a las que a futuro se causen. Para el efecto, las entidades harán el reconocimiento contable y la respectiva anotación en los estados financieros. Lo dispuesto en el inciso anterior también aplicará a las entidades que al primero de abril de 1994 tuvieran la calidad de entidades del orden nacional. (...)

Dicha disposición fue reglamentada por el Decreto 1337 de 2016, así:

Artículo 1º. Esta disposición tiene por objeto determinar las entidades autorizadas por la ley para llevar a cabo la supresión de las cuotas partes pensionales que se encontraban causadas y no hubieran sido pagadas a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, es decir, a 9 de junio de 2015, así como las que se causen a partir de dicha fecha. De la misma manera este decreto establece el procedimiento que deberá surtir cada entidad para la supresión de que habla el artículo 78 de la Ley 1753 de 2015.

Artículo 2º. Para los efectos del artículo 78 de la Ley 1753 de 2015, se entiende que las entidades públicas del orden nacional objeto de la supresión de cuotas partes pensionales son las siguientes:

2.1. Las entidades públicas del orden nacional, que formen parte del Presupuesto General de la Nación, cualquiera sea su naturaleza. Para este fin, se entiende que estas entidades son las incluidas en el primer nivel de cobertura del Estatuto Orgánico de Presupuesto, de acuerdo con los incisos primero y segundo del artículo 3º del Decreto número 111 de 1996.

2.2. La Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

2.3. Las entidades que a 1º de abril de 1994 ostentaban la calidad de entidades públicas del orden nacional y tenían a su cargo el reconocimiento y pago de cuotas partes pensionales. Dentro de este grupo se incluyen las entidades descentralizadas del orden nacional que reúnan las características mencionadas, sin importar que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 se encuentren liquidadas o privatizadas, y los organismos autónomos del orden nacional tales como el Banco de la República y las universidades públicas del orden nacional.

2.4. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en relación con las obligaciones por cuotas partes pensionales que haya reconocido a partir del momento en que asumió la función de reconocimiento pensional de entidades del orden nacional liquidadas o en liquidación, que sean financiadas con recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (FOPEP).

Parágrafo 1°. Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 78 de la Ley 1753 de 2015, *continúan vigentes las cuotas partes pensionales por cobrar y por pagar entre entidades territoriales, y entre estas entidades y las entidades del orden nacional, las cuales continuarán reconociéndose y pagándose en la forma prevista en las disposiciones vigentes.* /rft/

Parágrafo 2°. Este decreto aplica también para las cuotas partes de entidades del orden nacional, liquidadas o no, que estén siendo administradas por patrimonios autónomos, Fiducias, fondos cuentas o quien haga sus veces.

Así las cosas, el departamento de Caldas es una entidad territorial que, como tal, puede ser sujeto pasivo de la obligación de pagar o asumir cuotas partes pensionales frente al requerimiento que en tal sentido le haga la entidad de previsión social responsable de realizar el reconocimiento de una pensión vitalicia de jubilación o de vejez; ello, de conformidad con lo previsto expresamente en el parágrafo primero, artículo 2° del Decreto 1337 de 2016 citado ut supra. Por tanto, le asiste razón al a quo cuando afirma que “*nos encontramos ante una cuota parte pensional que se discute entre una entidad territorial (Departamento de Caldas) y una entidad del orden nacional (Colpensiones), lo que impone que se le sigan aplicando las normas procedimentales que regulaban la materia, que para el caso que nos ocupa ya fueron mencionadas: Decretos 2921 de 1948 y 1848 de 1969 y artículo 2° de la Ley 33 de 1985.*”

Descendiendo al **caso concreto**, encuentra la Sala que al plenario fueron aportados los actos administrativos cuya suspensión provisional se deprecia por la parte demandante; de dicha actuación administrativa, ciertamente, no se desprende el cumplimiento del procedimiento de consulta previa de la cuota parte pensional frente al departamento de Caldas, al cual, por lo mismo, se le impuso tal obligación por parte de Colpensiones sin garantizarle el derecho al debido proceso y con éste, el derecho de contradicción y defensa.

En efecto, mediante Resolución GNR 325406 del 18 de septiembre de 2014, Colpensiones reconoció pensión de vejez al señor José Fernando Gómez Arango a partir del 6 de noviembre de 2013; en dicho acto administrativo no estableció los tiempos de servicios y la forma de financiar la prestación, y con el argumento de que se trató de un error meramente formal o no sustancial - ya que no cambia el sentido material de la decisión adoptada -, expidió la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020, con la cual modificó el primer acto administrativo citado y asignó una cuota parte de la pensión de vejez al departamento de Caldas, equivalente al 5.79% de la prestación.

Frente a la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020, con oficio UPS-7312 del 25 de agosto de 2020, la Unidad de Prestaciones del departamento de Caldas interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, objetando la cuota parte asignada; sin embargo, Colpensiones profirió la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020 rechazando el recurso porque, según dijo, el acto administrativo no había sido notificado sino comunicado y no procedía recurso alguno conforme lo consignado en la parte resolutive.

Posteriormente, la demandada expidió la Resolución SUB A 198550 del 26 de octubre de 2020, por la cual aclara la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020, en el sentido de no rechazar sino declarar improcedente el recurso interpuesto por el departamento de Caldas.

mediante Resolución GNR 325406 del 18 de septiembre de 2014, Colpensiones reconoció pensión de vejez al señor José Fernando Gómez Arango a partir del 6 de noviembre de 2013; en dicho acto administrativo no estableció los tiempos de servicios y la forma de financiar la prestación, y con el argumento de que se trató de un error meramente formal o no sustancial - ya que no cambia el sentido material de la decisión adoptada -, expidió la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020, con la cual modificó el primer acto administrativo citado y asignó una cuota parte de la pensión de vejez al departamento de Caldas.

Frente a la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020, con oficio UPS-7312 del 25 de agosto de 2020, la Unidad de Prestaciones departamental interpuso el recurso de reposición

y en subsidio de apelación, objetando la cuota parte asignada; sin embargo, Colpensiones profirió la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020 rechazando el recurso por cuanto el acto administrativo no había sido notificado sino comunicado y no procedía recurso alguno, y en la parte considerativa argumentó:

“Que tomando en cuenta que el traslado del asegurado al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES procede el cobro de la CUOTA PARTE PENSIONAL a las entidades del sector público encargadas de financiar la prestación de conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la Ley 33 de 1985, sin embargo y en estricto acatamiento de la orden judicial impartida por la Honorable Corte Constitucional mediante Auto No.320 del 19 de Diciembre de 2013 y el Auto No.130 del 13 de Mayo de 2014, esta dependencia procederá a emitir el acto administrativo definitivo de reconocimiento de la pensión indicando las entidades que participan como cuotapartistas, el porcentaje y valor de la prorrata con el cual concurren en la financiación, sin llevar a cabo el procedimiento de consulta de la cuota parte pensional instaurado por la Circular 069 de 2008 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social.”

Señala que, posteriormente, la demandada expidió la Resolución SUB A 198550 del 26 de octubre de 2020, por la cual aclara la Resolución SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020, en el sentido de no rechazar sino declarar improcedente el recurso interpuesto por el Departamento de Caldas.

Como puede verse, la entidad territorial objetó la cuota parte a ella asignada, acudiendo a la interposición de los recursos ordinarios de reposición y apelación contra la Resolución SUB 150627 del 14 de julio de 2020; no obstante, dado que dicho acto administrativo expresamente dispuso que contra el mismo no procedía ningún recurso y considerando que Colpensiones tampoco le dio trámite al escrito de objeción que bajo la forma de recurso ordinario le presentó el departamento de Caldas, es claro que este último no tuvo oportunidad de ser escuchado antes de que quedara en firme la decisión sobre la cuota parte en cuestión.

Finalmente, en aras de contestar el último cargo planteado por Colpensiones en el recurso de apelación, debe decirse que la suspensión provisional en estos casos no compromete el goce del derecho pensional del señor José Fernando Gómez Arango 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 Colpensiones. Es por lo anterior que no resulta de recibo el argumento expuesto en tal sentido para buscar la revocatoria de la orden de suspensión provisional bajo examen.

Siendo ello así, se encuentran cumplidos los presupuestos para la procedencia de la suspensión provisional de los actos acusados, dado que con los mismos se trasgreden las disposiciones invocadas en la demanda.

Ahora bien, toda vez que en el auto del 11 de agosto de 2022 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales solamente resolvió decretar la suspensión provisional de los actos enjuiciados, se estima procedente adicionar esa decisión en el sentido de ordenar, además, que Colpensiones asuma el pago del 100% de la mesada pensional mensual del señor José Fernando Gómez Arango, hasta que se emita el pronunciamiento de fondo mediante sentencia.

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

III. Resuelve

Primero: Se adiciona el ordinal primero del auto interlocutorio proferido el 11 de agosto de 2022 dentro del proceso de la referencia, el cual quedará así:

PRIMERO: DECRÉTASE la medida cautelar solicitada por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, consistente en la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** de los efectos de las Resoluciones SUB 150627 del 14 de julio de 2020, SUB 198550 del 17 de septiembre de 2020 y SUB A 198550 del 26 de octubre de 2020, expedida por COLPENSIONES.

En consecuencia, la Administradora Colombiana de Pensional – Colpensiones debe asumir el pago del 100% de la mesada pensional mensual del señor José Fernando Gómez Arango, hasta que se emita el pronunciamiento de fondo mediante sentencia.

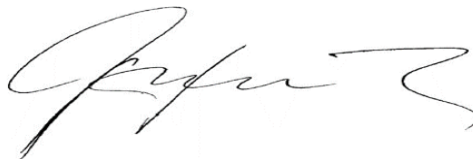
Segundo: Se confirma, en lo demás, el auto apelado.

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.

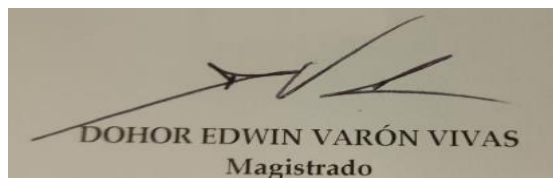
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

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
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 173

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

Radicado: 17001-33-33-002-2022-00018-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Yudi Alejandra Osorio Rincón
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-355 del 8 de septiembre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

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

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

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

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

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

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación” “Prescripción”, “cobro de lo no debido”; “buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales”*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen

excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 serán afiliados al Fomag cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

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

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a Fomag son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

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

4. Recurso de apelación

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones

de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

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

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar

incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?*

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación*

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

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

de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” (Resaltado de la Sala)

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 7º. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la 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.

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

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece que:

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucía hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$2.655.903, e intereses a las cesantías por \$156.771, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 1 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-355 de 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

¹⁵ F. 20 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1-4 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 6 Archivo digital: 04

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.

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

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Yudi Alejandra Osorio Rincón contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin **condena** en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 177

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

Radicado: 17001-33-33-006-2022-00027-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Centro Médico de Especialistas - CME S.A.
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian

Se decide recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la liquidación oficial de revisión 2021010050000003 del 23 de febrero de 2021, expedida por la Dian - Seccional Manizales y de la resolución recurso de reconsideración 1102592021622987 del 30 de septiembre de 2021 mediante la cual se confirmó la referida liquidación.

A título de restablecimiento del derecho, se declare que el Centro Médico de Especialistas - CME S.A no se encuentra obligada a pagar las sumas derivadas de la liquidación oficial proferida por la Dian. Además, se condene en costas a la demandada.

1.2. Sustento fáctico

Se señala que, la demandante se dedica a brindar servicios de salud clínicos y hospitalarios a través de la Clínica Santillana de Manizales, objeto social para el cual la empresa ha buscado expandir sus servicios y mejorar la atención, por lo que ha adquirido viviendas familiares cercanas, entre ellas una en la Carrera 24 No. 56-40 contigua a la Clínica, propiedad que requería mantenimiento y adaptaciones para ser adecuada como parte de las instalaciones clínicas cumpliendo las exigencias de los Organismos de Salud, estas reparaciones incluyeron la construcción de rampas para discapacitados, mejoras en los accesos, reparación de techos, remodelación de baños e inmunización de los espacios destinados a quirófanos, entre otras.

El 25 de abril de 2017 la sociedad presentó la Declaración del Impuesto sobre la Renta para la Equidad -CREE- del año gravable 2016 -la cual fue corregida el 11 de julio de 2017-, obteniendo un resultado definitivo de \$25.467.000 como saldo a favor, ello tras incluir en dicha declaración como gastos los valores de las referidas reparaciones y adaptaciones.

Que la Dian inició al trámite de revisión de la referida declaración, proponiendo aumentar el impuesto a cargo del contribuyente en \$96.458.370 e imponer una sanción por inexactitud por el mismo valor, eliminado el saldo a favor liquidado y aplicando un total a pagar por la sociedad de \$167.451.000; sustentando dicho proceder -entre otras glosas- en que, existió una inclusión de costos y gastos improcedentes respecto de las siguientes erogaciones:

Salarios:	\$ 96.365.000
Aportes Caja de Compensación:	\$ 359.000
Gastos de mantenimiento:	\$ 382.116.000
Depreciación:	\$ 135.427.000
Costo de ventas:	\$ 51.426.000

En respuesta, el contribuyente aceptó el desconocimiento del gasto de los Aportes a la Caja de Compensación Familiar liquidando y pagando el impuesto y las sanciones respectivas, continuando con la discusión frente a las demás glosas modificas sobre la determinación del Impuesto.

Que mediante los actos administrativos demandados, la Dian aceptó la corrección de la declaración previamente señalada, y admitió igualmente el gasto referente a los salarios, empero mantuvo las modificaciones referentes a los demás costos y gastos señalados, determinando un valor a pagar por impuesto y sanción por inexactitud de \$138.877.000.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó los artículos 29, 95, 228, 230 y 338 de la Constitución; 107 y 647 del Estatuto Tributario - ET; 137 y 138 de del CPACA; 52 y 53 de la Ley 4° de 1913-; y 64 del Decreto 2650 de 1993.

En primer lugar, señaló que el CREE fue creado en 2012 por la Ley 1607 y entró en vigencia a partir del año gravable 2013; siendo un tributo de carácter periódico, que se causaba el 31 de diciembre de cada año, y cuya base gravable estaba constituida por la renta obtenida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, empero que con la expedición de la Ley 1819 de 2016 este fue derogado, motivo por el cual a partir de dicha norma, se extinguió el tributo, por lo cual, el mismo no existía para el 31 de diciembre de 2016, y ni siquiera puede ser exigible para dicha vigencia fiscal; sin embargo, el contribuyente presentó la declaración respectiva únicamente ante la incertidumbre que existía en el momento, pues la DIAN había indicado que el CREE estaba vigente por dicho período.

De otra parte se advierte que, conforme con el Decreto 2105 de 2016, el Centro Médico debía presentar la Declaración del CREE de 2016, a más tardar el 25 de abril de 2017, fecha en la que efectivamente se presentó; luego, la liquidación privada adquirió firmeza el 26 de abril de 2019, esto es, pasados dos años sin que se notificara requerimiento especial alguno, pues fue tan solo

hasta el 16 de junio de 2020 cuando la Dian notificó el requerimiento especial, cuando ya estaba imposibilitada para discutir la declaración.

Arguye que, la Ley 1819 de 2016 si bien se aumentó la firmeza a 3 años, esta no se podía aplicar a declaraciones del año gravable 2016, por lo que la norma a aplicar era la vigente antes de la Ley 1819 de 2016.

En cuanto al elemento sustantivo de la discusión tributaria señaló que, la Dian desconoció las normas tributarias y las reglas contables acerca de la inclusión de gastos por concepto de reparaciones de bienes inmuebles, alegando injustificadamente que estos debieron ser llevados como mayor valor de los activos y sujetos a la depreciación pertinente, pese a que estas erogaciones para el mantenimiento de la sede tenían como única finalidad poner el activo en condiciones para su uso y no incrementar su valor.

A este respecto, alega que debe establecerse con un criterio técnico si las erogaciones extendieron la vida útil del activo y aumentaron su valor, o si realizaron un mantenimiento del mismo para su conservación, pues la forma de contabilizar la erogación cambiaría, debiendo en el primer caso capitalizarse, mientras que, en el segundo estadio, ha de llevarse al gasto del período de conformidad como lo hizo el contribuyente.

De otra parte, advierte que, en los actos demandados, la Dian negó la procedencia de una parte de la depreciación deducida en la declaración de renta, pues en un momento se solicitó el cuadro de depreciación de activos y no se aportó. Sin embargo, luego, en sede administrativa durante el procedimiento de fiscalización se aportó un cuadro contentivo de la depreciación, que contiene toda la información requerida por la norma tributaria, a saber: clase de bien, fecha de adquisición, valor, término de depreciación y saldo depreciado; documento que nunca fue valorado por la autoridad fiscal, negando la deducibilidad de la erogación, sin explicar los motivos, llevando al contribuyente a una situación compleja, en donde se le niega un gasto sin explicarle qué más pruebas se requieren para su desconocimiento, lo cual deja entrever que la negativa a reconocer el gasto es simplemente un capricho de la Autoridad Tributaria.

En similar línea, alega que el desconocimiento del costo de ventas por \$51.426.000, frente al que el contribuyente aportó los soportes de algunos gastos efectuados por la suma de \$7.221.820.000, incluyéndose en ella la suma de \$51.426.000.

Finalmente, adujo que en el asunto no era posible imponer una sanción por inexactitud pues la diferencia en el valor arrojado por la declaración de renta oficial, tuvo como génesis la disparidad de criterios entre la administración y el contribuyente acerca de si las adecuaciones extendían la vida útil del inmueble o su calidad o sí por el contrario, lo adaptaban para su uso, es decir, una diferencia de discernimientos sobre la forma de contabilizar dichas sumas, bien fuese como gastos o como mayor valor de los activos.

2. Contestación de la demanda

La **Dian** se opuso a las pretensiones del actor, señalando en primer lugar que la posición esbozada por la actora, sobre la inexistencia del Impuesto de Renta para la Equidad – Cree

para el año gravable 2016, desconoce los principios constitucionales que han sido aceptados por el Consejo de Estado, en tanto las leyes tributarias no pueden ser aplicadas retroactivamente y cuando los cambios legislativos recaigan sobre impuestos de periodo como el mencionado, solo serán aplicables a partir del periodo siguiente.

Respecto a la firmeza de la declaración objeto de controversia, señaló que no se está aplicando ningún tipo de cambio legislativo en forma retroactiva, pues la firmeza de la declaración es un término que inicia a partir de la fecha límite para su presentación, es decir, para el caso de marras en abril de 2017, fecha para la cual ya estaba vigente la reforma legislativa que amplió el término de firmeza de 2 a 3 años.

Respecto del rechazo de gastos por mantenimiento o adecuación arguyó que, el contribuyente desconoció con su actuar una política fiscal clara en cuanto al impuesto de renta, esto es, la imposibilidad de pretender deducir la totalidad de ciertas erogaciones en una sola vigencia fiscal, siendo justo este el caso de las erogaciones en las cuales se incurre para aumentar el valor de los activos fijos, las cuales no pueden ser tomadas como gastos, sino como un mayor valor de dichos activos, para así, efectuar la deducción respectiva vía depreciación en los tiempos establecidos para cada tipo de activo en el Estatuto Tributario.

Señaló que, no existe ninguna diferencia de criterios en cuanto al aspecto anterior, sino que el contribuyente decidió injustificadamente apartarse de las normas que regulan la contabilidad, especialmente lo señalado por el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993 y el Decreto 2650 de 1993, inciso 7° del grupo 15 "*Propiedad Planta y Equipo*", normativa en la que se hace una clara distinción entre lo que constituye costo de los activos y lo que debe llevarse a estado de resultados en un año determinado como gasto, dejando de manera clara, que incluso bien sea una reparación o una mejora, si estas aumentan la eficiencia o extienden la vida útil del activo, estas erogaciones deberán manejarse contablemente como un costo adicional del activo.

Frente al desconocimiento de los gastos por depreciación, destaca que estos fueron rechazados, al no haberse aportado el cuadro del registro de la depreciación, que respaldara la deducción solicitada por este concepto y que, si bien en la demanda se manifiesta que el cuadro con toda la información requerida se remitió al momento de dar respuesta al requerimiento especial, esta manifestación no resulta veraz, ya que como se indicó en los actos administrativos, la sociedad no remitió dicha información.

En cuanto a los gastos por valor de \$51.426.000, aduce que, en primer lugar, hay que partir que la sociedad, aportó copia de un documento de liquidación definitiva de prestaciones sociales de una empleada y aportó un escrito de 2014 de una demanda laboral a nombre de otra, empero que, la sociedad fue elusiva y no explicó ni probó legalmente a que correspondía la diferencia en el costo objetado por la Dian, a pesar del requerimiento especial efectuado para tal fin.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **negó las pretensiones** de la demandante al concluir que, el Impuesto de Renta para

la Equidad – Cree sí estuvo vigente para la totalidad del periodo fiscal 2016, tal y como lo ha expuesto el Consejo de Estado al señalar que, la aplicación de este tipo de normas en materia tributaria, solo puede aplicarse a partir del periodo siguiente, sin que la carta constitucional haya atado el principio de irretroactividad tributaria a asuntos de favorabilidad o no, pues dichas disquisiciones no son admisibles en materia sustancial tributaria.

Respecto a la firmeza de la declaración de renta arguyó que, esta no había operado, pues la declaración de renta para la equidad Cree a cargo del contribuyente tuvo vencimiento de plazo y efectivo asentamiento en la vigencia fiscal 2017, por lo que la firmeza depende de la fecha de exigibilidad de la obligación tributaria y no como lo plantea la demandante.

Frente al rechazo del valor determinado en la declaración privada por concepto de gastos en razón de las adecuaciones efectuadas al inmueble, destacó que la actora reconoció desde el fundamento fáctico de la demanda que adquirió inmuebles aledaños a las instalaciones de la Clínica Santillana, cuya construcción correspondía a vivienda familiar y que las erogaciones en que se incurrió tuvieron como finalidad adaptar los mismos al desarrollo de actividades hospitalarias, por lo que claramente no se trató de una simple reparación o mantenimiento.

Destacó que, incluso los negocios jurídicos realizados por la sociedad contribuyente advierten que lo efectuado en dicho inmueble fue la *“ampliación de la clínica Santillana”* y la ejecución de obras de construcción frente las viviendas de habitación que adquirió la sociedad, situaciones que para el *a quo* generaron un mayor valor de los activos y no la reparación o mantenimiento de los mismos, lo que imponía, como lo hizo la Dian, que las erogaciones efectuadas para el efecto fuesen tratadas como mayores valores del activo, sujetos a la depreciación en los tiempos establecidos por la norma tributaria y no como un gasto deducido en su totalidad en el año gravable 2016.

Frente al rechazo de gastos por depreciación advirtió que, revisada la actuación y específicamente las pruebas adjuntas al requerimiento especial, la sociedad demandante remitió listado de activos con descripción de cuenta, nombre de cuenta general, con secuencia descriptiva: *“maquinaria y equipo”*; *“equipo de cómputo y comunicación”*; *“maquinaria y equipo médico científico”*; *“maquinaria y equipo de hotelería”*, empero que, como lo adujo la Dian en los actos demandados, dichos valores no hallan soporte en los documentos internos o externos de contabilidad que permitieran acreditar la deducción discutida, pues en efecto no existe descripción específica del activo, la época de su adquisición, valor, tiempo de vida útil, valor residual, entre otros, por lo que el contribuyente no demostró con certeza el cálculo de la alícuota de la depreciación que correspondía al periodo gravable en discusión.

Respecto al costo desconocido, afirmó que las pruebas adjuntas al expediente relacionadas con demanda adelantada dentro de proceso ordinario laboral que conllevaron al pago de las sumas llevadas como costo, no permiten extraer el efectivo egreso y relación del costo laboral con el periodo fiscal 2016, por lo que, en efecto, se pone de relieve la inclusión de costos y deducciones inexactos, con efectos sobre un menor impuesto a cargo de la sociedad demandante.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones señalando que, el *a quo* no analizó los argumentos referentes a como la administración tributaria no utilizó ningún tipo de criterio técnico que demostrara que las adecuaciones efectuadas por la sociedad contribuyente al inmueble de su propiedad, en verdad aumentaron el valor del activo, reprochando entonces la decisión adoptada ya que era la Dian quien debía realizar un peritaje que relacionara la naturaleza civil de las obras y la incidencia en el valor o función comercial del bien inmueble, que concluyera la mayor valorización del activo en casi \$400.000.000, lo cual nunca hizo, esto, con fundamento en que el deber de motivación de los actos administrativos.

En los demás aspectos, manifestó su posición al fallo reiterando *in extenso* idénticos argumentos a los esbozados en la demanda.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la sentencia y los argumentos del recurso de apelación, se centran en establecer: *¿Contaba la sociedad demandante con la obligación para el año gravable 2016 de declarar y pagar el impuesto de renta para la equidad CREE o el mismo debe entenderse derogado para dicha vigencia fiscal con base en lo dispuesto por en la Ley 1819 de 2016?*

¿Para la data de notificación del requerimiento especial para corregir, se encontraba en firme, y por tanto no podía ser objeto de modificación la declaración del impuesto de renta para la equidad CREE del año gravable 2016 presentada por la sociedad contribuyente?

¿Se ajustan a derecho los actos administrativos en lo que respecta al desconocimiento de los gastos deducidos por el contribuyente por concepto de gastos de mantenimiento -\$ 382.116.000-, depreciación -\$ 135.427.000- y costo de ventas -\$ 51.426.000-?

¿Resulta procedente la imposición de la sanción por inexactitud efectuada a través de los actos demandados?

2. Primer problema jurídico – vigencia del impuesto de renta para la equidad – CREE.

Para dar respuesta al interrogante planteado se analizará: i) el marco normativo del impuesto de renta para la equidad “Cree” y ii) el caso concreto.

2.1. Marco normativo del impuesto de renta para la equidad “Cree”

El impuesto sobre la renta para la equidad CREE **tuvo** regulación normativa en los artículos 20 y 21 de la Ley 1607 de 2012, que dispuso sus elementos esenciales -hecho generador y su aspecto temporal- así:

“Artículo 20. Créase, a partir del 1o de enero de 2013, el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) como el aporte con el que contribuyen las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo, y la inversión social en los términos previstos en la presente ley.

También son sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta para la Equidad las sociedades y entidades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta por sus ingresos de fuente nacional obtenidos mediante sucursales y establecimientos permanentes. Para estos efectos, se consideran ingresos de fuente nacional los establecidos en el artículo 24 del Estatuto Tributario-

...

Artículo 21. El hecho generador del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) lo constituye la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o período gravable, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la presente ley.

Para efectos de este artículo, el período gravable es de un año contado desde el 1o de enero al 31 de diciembre.”

Las citadas disposiciones normativas, fueron objeto de derogatoria expresa por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, cuya fecha de promulgación data del 29 de diciembre de 2016¹, al señalar:

“VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial las siguientes: (...)

2. A partir del año gravable 2018, incluido: los numerales 1, 2, 7 y 8 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario.

3. De la Ley 1607 de 2012: artículos 17, 20, 21, 22, 22-1, 22-2, 22-3, 22-4, 22-5, 23, 24, 25, 26, 26-1, 27, 28, 29, 33, 37, 165, 176, 186 y 197.

4. De la Ley 1739 de 2014: artículos 21, 22, 23 y 24” (...).” (Se subraya)

2.2. Análisis sustancial del caso concreto

En línea con lo anterior, resulta necesario determinar si los actos administrativos demandados que dispusieron sobre el impuesto de renta para la equidad CREE a cargo de la sociedad Centro Médico de Especialistas por el año gravable 2016 adolecen de nulidad por haber sido derogada la norma que creó el mencionado tributo para dicho periodo fiscal, siendo necesario analizar si la citada derogatoria resultó aplicable para el año 2016 o si la misma como lo alega la Dian, solo surtió efectos para el periodo fiscal siguiente, esto es, a partir del 1° de enero de 2017.

Sobre ese particular, se tiene que en términos generales el citado artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 no estableció ningún tipo de vigencia diferida o condicionada para las derogatorias

¹ Diario Oficial N° 50.101.

que allí efectuó, aunado a que, en los términos del artículo 52 de la Ley 4 de 1913 -Código de Régimen Político y Municipal- *“La ley no obliga sino en virtud de su promulgación...”* que *“consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción”*.

Así, como se advirtió previamente, la Ley 1819 de 2016 fue promulgada el 29 de diciembre de 2016 lo que impone que su contenido normativo entró a regir y surtió sus efectos desde dicha data, sin embargo, en este punto se torna necesario traer a colación lo señalado por el artículo 338 de la Constitución, que establece una excepción frente a las disposiciones que modifican el sistema tributario nacional al señalar que: *“Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”*.

En este orden de ideas, se torna necesario analizar a fondo la naturaleza del impuesto de renta para la equidad – Cree, con el fin de determinar la aplicación del contenido normativo que retiró este tributo del ordenamiento jurídico.

Así, se tiene que impuesto sobre la renta para la equidad - CREE, constituyó en su momento una obligación tributaria de periodo por el lapso comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de cada año, tal y como lo señalaba el citado artículo 21 de la Ley 1607 de 2012, es decir que, el mismo tenía su causación al finalizar la respectiva vigencia fiscal, como ocurre con todos los impuestos de periodo, consideración que ha sido esbozada por el Consejo de Estado² al señalar, en el marco del análisis del impuesto de renta -tributo de igual naturaleza- que:

“... la Sala advierte que la violación del inciso tercero del artículo 338 de la Constitución Política, alegada, parte de una interpretación errada del inciso tercero de la norma, que se refiere a los tributos que tienen una base gravable constituida por diferentes hechos gravables acaecidos durante un periodo determinado, como ocurre con el impuesto sobre la renta, en el que los ingresos del año gravable, que empieza el 1° de enero y termina el 31 de diciembre, se acumulan y luego son depurados mediante la sustracción de los costos, las deducciones y las exenciones, para obtener la base gravable ...”

Ahora bien, conforme a la citada cláusula constitucional sobre la aplicación de modificaciones a los tributos de periodo, se torna pertinente traer a colación pronunciamiento del Consejo de Estado, en el cual se ha decantado el alcance de la aplicación en el tiempo de las normas tributarias, cuando contienen elementos favorables a los contribuyentes, o cuando se promulgan sin que las situaciones jurídicas particulares se hayan consolidado, concluyendo que la literalidad del canon constitucional ya señalado no efectúa discriminación alguna entre situaciones *“favorables”* a ojos del contribuyente, sino que limita la aplicación y vigencia de toda norma que modifique el régimen tributario frente a impuestos de periodo, al periodo fiscal siguiente, bajo la excepción de lo referente al régimen sancionatorio que si puede ser aplicado a periodos anteriores en virtud de la

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, 17 de septiembre de 2014, Rad: 05001-23-31-000-2000-02593-01 (19872).

favorabilidad que en tal materia desarrolla la misma Carta Constitucional. En efecto dicha corporación señaló³:

“Basta leerlas [haciendo referencia los artículos 338 y 363 constitucionales] para comprender el mandato que incorporan. Tienen la pretensión de automatizar el examen constitucional de las decisiones legislativas que dotan de efectos retroactivos a las normas tributarias, zanjando toda duda acerca de la inadmisibilidad de las posibles formas de retroacción que pudieran presentarse; deslegitiman, con una regla apriorística, cualquier ejercicio de ponderación que se plantee entre seguridad jurídica y libertad de configuración normativa tributaria, pues siempre primará aquella sobre esta.

(...) Por esas circunstancias, no cabe entender que lo afirmado por la Corte Constitucional en esa providencia en el sentido de que «las derogaciones tributarias, cuando benefician al contribuyente, tienen efecto general inmediato y, por tanto, principian a aplicarse a partir de su promulgación, a menos que el legislador, de manera expresa, advierta lo contrario», representa la expresión de las conclusiones de un análisis completo, depurado, reflexivo, deseado, general y válido para todos los casos sobre los efectos que tienen en el tiempo las normas derogadoras de tributos. Aunque altílocuo (grandilocuente, anota el Tribunal), se trata de un argumento accidental, de un obiter dictum que no constituye un criterio de decisión de casos siguientes, pues se dijo solo para superar la eventual desigualdad de una norma que había derogado una deducción tributaria.

8- Con todo, a lo largo de los años la reiterada cita descontextualizada del párrafo transcrito de la sentencia C-185 de 1997 llevó a entender que la Corte Constitucional estableció la «favorabilidad» como un criterio de aplicación de las normas tributarias en el tiempo. La conclusión es desacertada por varios motivos. El más relevante es que el juicio no se siguió sobre una norma adversa a los intereses de los contribuyentes, de modo que nada de lo que se haya manifestado en la sentencia sobre aplicación de las normas beneficiosas tiene el alcance de ratio decidendi.

(...).En toda regla, esa sentencia C-063 de 1998 (no contemplada por los demandantes) representó un caso de overruling o cambio de precedente, pues se moduló la fuerza vinculante de las consideraciones planteadas a partir de la sentencia C-185 de 1997, toda vez que el propio tribunal encontró que se habían afirmado de forma muy amplia y requería precisar que la derogatoria de tributos en ningún caso podría tener efectos retroactivos (impropios), a menos de que lo señalara expresamente el legislador. La segunda razón obedece a que las proclamaciones hechas en la sentencia C-006 de 1998 confrontan axiológicamente el sistema constitucional colombiano porque contrarían el ordinal 1.º del artículo 150 de la Constitución, que fija como competencia privativa del legislador derogar las leyes que componen el ordenamiento, y porque instauran un prejuicio interpretativo cuyo razonamiento de base es una equiparación entre las normas punitivas y las impositivas, desatendiendo que unas y otras responden a justificaciones y bases teóricas diversas. 10.2- En efecto, la única circunstancia para la que se prevé la «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» es la consagrada en el

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Julio Roberto Piza Rodríguez, 27 de junio de 2019, Rad: 11001-03-27-000-2016-00020-00(22421).

artículo 29 constitucional, por medio del cual se fijan los criterios de aplicación de las normas en las cuales el Estado ejerce el ius puniendi.

(...) El fundamento de esa «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» está ligado a los fines que justifican la imposición de sanciones o penas. No se trata de una regla contemplada para resolver conflictos relacionados con la eficacia temporal de dos normas respecto de las cuales se encuentra plenamente definido el momento de inicio de su vigencia, sino de una regla de valoración sobre el reproche atribuible a una conducta cuando la ley que establecía su desvalor para la época en que fue realizada cede por cuenta de una posterior decisión legislativa que disminuye o elimina por completo el reproche punitivo que se le venía otorgando a la acción. Esa categoría de conceptos para definir las normas aplicables a un caso no es trasladable desde el ámbito penal al tributario, pues delitos y tributos no son instituciones conmutables. El desvalor de los primeros, que propicia el correspondiente nivel de reproche, de ninguna manera está presente en los segundos, que constituyen una realización del principio de solidaridad dirigido a brindarle al Estado los medios financieros con los cuales atender las tareas que le han sido asignadas constitucional y legalmente.

(...) - En resumidas cuentas, esta Sala juzga que, por las razones arriba expuestas con detalle, no existe el precedente jurisprudencial alegado en la acusación. Así las cosas, ni de la Constitución, ni de la ley, ni de la jurisprudencia vigente, surge el principio de favorabilidad como un mandato que imponga la forzosa aplicación inmediata de las normas que modifican de manera beneficiosa los elementos de los tributos de periodo. Por esa razón, no entraña ninguna ilegalidad el acto acusado pues, tanto en la tesis que afirma como en el análisis jurídico que realiza, deja en claro que en el ámbito tributario la «favorabilidad» no representa un precepto que habilite al destinatario de la norma a plantear la aplicación de la disposición novedosa antes de que inicie su vigencia, a partir de ejercicios interpretativos sobre el favor o desfavor que conlleva...". (Se resalta)

En este orden de ideas, y como se ha señalado por este Tribunal en oportunidad anterior⁴, si bien se conoce la emisión de sentencias por parte de la Corte Constitucional que avalan una aplicación inmediata de modificaciones al sistema tributario que impliquen reducción de carga tributaria en los contribuyentes, es claro que el Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción y juez natural en materia de controversias de naturaleza tributaria, ha señalado como los pronunciamientos constitucionales emitidos en tal sentido no constituyen precedente judicial sobre el particular, pues se trata de un dicho de paso (*obiter dictum*) y no de la razón principal de dichas decisiones (*ratio decidendi*).

Ahora bien, se destaca por la Sala que en el asunto previamente reseñado a pie de página que fuere adelantado por esta misma Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, por idéntica discusión en cuanto a la exigibilidad del impuesto de renta – Cree del 2016 el Consejo de Estado profirió sentencia que confirmó la posición adoptada en esta Colegiatura, señalando en síntesis que⁵:

⁴ Sentencias del 14 de diciembre de 2020, M.P. Augusto Morales Valencia, Rad. 17-001-23-33-000-2019-00348-00 y del 23 de abril de 2021, M.P. Dohor Edwin Varón Vivas, Rad. 17-001-23-33-000-2019-00603-00.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Wilson Ramos Girón, 23 de marzo de 2021, Rad: 17001-23-33-000-2019-00603-01 (26520).

“En cuanto al asunto debatido, se advierte que con la Ley 1607 de 2012, el legislador creó el impuesto sobre la renta para la equidad CREE, cuyo hecho generador era la obtención de ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio en el año o período gravable, siendo el mismo lapso contemplado para su causación -periódica-; tributo que fue derogado con el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, publicada el 29 de diciembre de 2016. Sobre el particular, la Sala advierte que de acuerdo con el criterio jurisprudencial de esta Sección y de la Corte Constitucional señalado en el fundamento jurídico 5.1, la derogatoria que efectuó la Ley 1819 de 2016 sobre el impuesto del CREE, cuya período de causación no había culminado al momento de entrada en vigencia de la mencionada ley -29 de diciembre de 2016- no tuvo la entidad de modificar el régimen impositivo del referido impuesto en el mismo año de su entrada en vigor. Por consiguiente, no se acoge la argumentación de la parte actora en cuanto a que la declaración tributaria se tornó en ineficaz por una suerte de derogatoria del tributo desde el inicio del período de causación, lo cual no fue legalmente previsto a más de que la obligación tributaria subsistió hasta la finalización del período gravable 2016, por lo cual el deber de autoliquidarlo correctamente también, así que la liquidación oficial de revisión fue expedida con base en las potestades de gestión que aún tenía la autoridad tributaria sobre el impuesto legalmente causado.” (Subrayado y negrillas extra texto)

Así, para este Tribunal y en atención a lo señalado por el Consejo de Estado, resulta necesario atender a la evidente claridad que ofrece la cláusula constitucional del artículo superior 338 acerca de la entrada en vigencia de las normas tributarias, el cual no permite interpretaciones diferentes a su sentido literal, este es, que solo el Congreso de la República puede modular de manera expresa los efectos temporales de la ley tributaria, y que de no existir tal disquisición en el ejercicio de la potestad legislativa, toda norma que modifique el sistema tributario en tratándose de impuestos de periodo tendrá una aplicación y vigencia que solo podrá deprecarse a partir del periodo siguiente.

2.3. Conclusión

Por lo anterior, dado que el impuesto de renta para la equidad CREE creado por la Ley 1607 de 2012 constituía sin lugar a dudas un impuesto de periodo -como de hecho lo alega la propia parte actora-, las normas que dispusieron su derogatoria únicamente entraron en vigencia a partir del periodo siguiente al de su promulgación, esto es, a partir de la vigencia fiscal del año 2017.

En tal sentido, la sociedad demandante tenía la obligación para el año gravable 2016 de declarar y pagar el impuesto de renta para la equidad CREE.

3. Segundo problema jurídico *¿Para la data de notificación del requerimiento especial para corregir, se encontraba en firme, y por tanto no podía ser objeto de modificación la declaración del impuesto de renta para la equidad CREE del año gravable 2016 presentada por la sociedad contribuyente?*

Para dar respuesta al interrogante planteado se analizará: i) el marco normativo sobre el término de firmeza de las declaraciones tributarias y ii) el caso concreto.

3.1. Marco normativo sobre el término de firmeza de las declaraciones tributarias

La parte demandante alegó que, la modificación al término general de firmeza establecido para las declaraciones tributarias que fuere efectuado a través de la Ley 1819 de 2016, pasando dicho término de 2 a 3 años no puede ser aplicado, pues el tributo aquí discutido corresponde precisamente a un impuesto causado durante el mismo año gravable 2016.

Frente a este particular, resulta necesario para la Sala destacar que, las obligaciones tributarias en impuestos tales como el de renta para la equidad – Cree, se circunscriben a dos diferentes ámbitos, el primero de ellos correspondiente a la obligación sustancial, esto es, la obligación de asumir la carga económica del tributo; y de otra parte, se tienen las obligaciones formales entendidas como aquellas que no implican el pago del impuesto pero si permite su determinación, dichas obligaciones a pesar de tener génesis en una misma figura impositiva, comprenden cada una momentos y escenarios distintos para su materialización y cumplimiento.

En línea con lo anterior, es necesario advertir que la obligación formal de presentar la declaración del impuesto de renta para la equidad – Cree para el año 2016 era una obligación que los contribuyentes de dicho tributo se encontraban llamados a cumplir en diferentes fechas del año 2017 -según los vencimientos fijados por la administración tributaria-, siendo precisamente frente a esta obligación formal de presentar la declaración que se torna aplicable la figura de la firmeza de las declaraciones tributarias.

Efectuadas las anteriores precisiones, cabe traer a colación el artículo 277 de la Ley 1819 de 2016, que señaló:

“ARTÍCULO 277. Modifíquese el artículo 714 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

Artículo 714. Término general de firmeza de las declaraciones tributarias. La declaración tributaria quedará en firme sí, dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, no se ha notificado requerimiento especial. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, los tres (3) años se contarán a partir de la fecha de presentación de la misma.

La declaración tributaria en la que se presente un saldo a favor del contribuyente o responsable quedará en firme sí, tres (3) años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación, no se ha notificado requerimiento especial. Cuando se impute el saldo a favor en las declaraciones tributarias de los periodos fiscales siguientes, el término de firmeza de la declaración tributaria en la que se presente un saldo a favor será el señalado en el inciso 1o de este artículo.”

De otra parte, se tiene que el Decreto 2105 del 22 de diciembre de 2016 señaló las fechas límite para el cumplimiento de las obligaciones tributarias formales para los tributos del orden nacional, entre ellos la presentación del impuesto de renta para la equidad del año gravable 2016, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1.6.1.3.2.22. Plazos. El plazo para presentar la declaración del Impuesto sobre la Renta para la Equidad - CREE y para cancelar en dos (2) cuotas iguales el valor por concepto de este impuesto, la sobretasa y el anticipo de la sobretasa al impuesto sobre la renta para la equidad CREE, vence en las fechas que se indican a continuación, atendiendo el último dígito del NIT del declarante que conste en el certificado del Registro Único Tributario (RUT), sin tener en cuenta el dígito de verificación, así:

DECLARACIÓN Y PAGO PRIMERA CUOTA

<i>Si el último dígito es</i>	<i>Hasta el día</i>
0	11 de abril de 2017
9	12 de abril de 2017
8	17 de abril de 2017
7	18 de abril de 2017
6	19 de abril de 2017
5	20 de abril de 2017
4	21 de abril de 2017
3	24 de abril de 2017
2	25 de abril de 2017
1	26 de abril de 2017

3.2. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo al marco jurídico expuesto, emerge con claridad que, respecto de las declaraciones del impuesto de renta para la equidad – Cree cuya fecha límite de presentación data del 11 de abril de 2017 y días subsiguientes, se encontraba rigiendo y por tanto era plenamente aplicable el termino de firmeza de las declaraciones tributarias en los términos de la modificación normativa que fue incorporada por la Ley 1819 de 2016, esto es, el término de 3 años.

Como se destaca del referido artículo 714 del Estatuto Tributario, el término general de firmeza de las declaraciones -aplicable a la declaración CREE- empieza a correr a partir de la fecha límite de presentación en aquellos casos que su presentación sea oportuna; a partir de la fecha efectiva de presentación cuando esto se haga extemporáneamente; o a partir de la presentación de la solicitud de devolución para aquellas que presenten saldo a favor, por lo cual la norma aplicable para computar el término de firmeza no será otra que la vigente para el momento en que se dé cualesquiera de estos escenarios, es decir, para la fecha en que empieza el cómputo de firmeza de las declaraciones tributarias.

Esta forma de intelección y aplicación del cambio legislativo en el cómputo del término de firmeza que fuere introducido por la Ley 1819 de 2016 ha sido avalado por el Consejo de Estado al señalar:

“Así, dado que por disposición expresa del artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, el artículo 277 de la Ley 1819 de 2016 cobró vigencia desde el 29 de diciembre del 2016, día en que dicha ley fue publicada en el Diario Oficial nro. 50.101, el nuevo plazo de caducidad (de tres años) que

debe observar la autoridad para iniciar mediante la notificación de un requerimiento especial el procedimiento de revisión de las autoliquidaciones tributarias empezó a regir, con efecto general inmediato, desde la fecha antes indicada, salvo para aquellos eventos en que dicha oportunidad ya hubiere empezado a correr de conformidad con los tres eventos preceptuados en el artículo 714 del ET, sin perjuicio de los supuestos de hecho previstos en las normas que rigen de manera especial el cómputo del plazo bajo análisis (v.g., los previstos en los artículos 589 y 705-1 del ET). De ahí que la modificación normativa en comento aplique para todas las liquidaciones privadas que, de manera inicial, se hayan presentado a partir del 29 de diciembre de 2019 y, como la presentación de los denuncios rentísticos de obligaciones causadas en 2016 solo era exigible a partir de 2017 (según las fechas indicadas en el Decreto 2105 de 2016), el término con el que contaba la Administración para modificarlas oficialmente no había iniciado a contabilizarse, por lo cual les es aplicable el plazo de tres años establecido por el artículo 277 de la Ley 1819 de 2016." (Subrayado y negrillas extra texto)

Con base en lo previamente señalado, advierte la Sala que la declaración del impuesto de renta para la equidad – Cree año gravable 2016 que se discute en el *sub lite*, precisamente fue presentada por la sociedad aquí demandante el 11 de abril de 2017⁶ -con saldo a favor-, y se presentó solicitud de devolución de saldo a favor el 14 de noviembre de 2017⁷, por lo que el término de firmeza de dicha declaración empezó a computarse a partir del 15 de noviembre siguiente, fecha para la cual se hallaba vigente la modificación incorporada por el artículo 277 de la Ley 1819 de 2016, por lo cual el término de 3 años se daría el 14 de noviembre de 2020.

A su vez, se tiene que la sociedad contribuyente fue notificada del requerimiento especial para corregir el 16 de junio de 2020⁸, data para la cual no había transcurrido el lapso de 3 años necesario para que la declaración objeto de modificación oficial adquiriese firmeza.

3.3. Conclusión

Por lo expuesto, se concluye que, el término de firmeza aplicable para la declaración del Impuesto de renta para la Equidad “Cree” del año gravable 2016 presentada por la sociedad demandante en el año 2017 corresponde al legalmente establecido y vigente para la fecha de su presentación, esto es, de 3 años, por lo que la declaración objeto de modificación oficial por parte de la entidad demandada no se encontraba en firme para la data en que se notificó el correspondiente requerimiento especial para corregir.

4. Tercer problema jurídico – ¿Se ajustan a derecho los actos administrativos en lo que respecta al desconocimiento de los gastos deducidos por el contribuyente por concepto de gastos de mantenimiento -\$ 382.116.000-, depreciación -\$ 135.427.000- y costo de ventas -\$ 51.426.000-?

Para dar respuesta al interrogante planteado se analizará: i) el marco jurídico sobre la presunción de veracidad de las declaraciones y la carga de la prueba; la contabilidad como

⁶ Expediente digital, archivo: “10ContestacionDemandaDian”, fl. 128.

⁷ Ibidem, fls. 85-86.

⁸ Expediente digital, archivo: “04AnexosDemanda”, fl. 9.

prueba; ii) los hechos relevantes probados y iii) el caso concreto.

4.1. Marco jurídico

4.1.1. Presunción de veracidad de las declaraciones y la carga de la prueba

El artículo 746 del E.T., prevé la presunción de veracidad de las declaraciones privadas así: *“Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas o requerimientos administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija.”* Por su parte, el artículo 742 siguiente dispone que: *“La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.”*

A su vez, el artículo 743 *ibidem* consagra: *“La idoneidad de los medios de prueba depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos preceptúen las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”*

Con relación a las facultades de la Dian, relacionadas con la verificación de los hechos consignados en las declaraciones, así como de la naturaleza y valor de las pruebas indiciarias a que llegare en virtud de dichas facultades, el Consejo de Estado⁹ ha señalado:

“(...) la Administración puede desvirtuar los hechos declarados por el contribuyente, pues tiene la facultad de comprobar la certeza, veracidad o realidad de los hechos, datos y cifras consignados en las declaraciones privadas, debido a sus amplias facultades de fiscalización para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales, conforme lo prevé el artículo 684 del Estatuto Tributario¹⁰.

Así, con fundamento en los artículos 746 y 684 del Estatuto Tributario y en razón de la presunción de veracidad de las declaraciones, la Administración tiene la carga de desvirtuar dicha presunción. No obstante, en ejercicio de la facultad de fiscalización que le otorga el ordenamiento jurídico, la carga probatoria se invierte automáticamente a cargo del contribuyente en dos eventos: cuando la DIAN solicita una comprobación especial o cuando la ley exige tal comprobación¹¹.

El Título VI del Estatuto Tributario regula el régimen probatorio de las actuaciones tributarias y, concretamente, se refiere a los medios de prueba de los que puede hacer uso tanto la Administración, para desvirtuar la presunción de que trata el artículo 746 citado, como el contribuyente, para respaldar los hechos que declara en el denuncia rentístico¹².

⁹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de agosto de 2015. C.P. Dra. Martha Teresa Briseño de Valencia. Rad. 250002327000201200600 01 [20822].

¹⁰ Ver la misma sentencia.

¹¹ Sentencia de 18 de octubre de 2012, ex. 18329, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

¹² Sentencia de 1 de marzo de 2012, Exp 17568, C.P Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

El artículo 742 del Estatuto Tributario prevé que la determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en hechos que estén demostrados en el expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto sean compatibles con las normas tributarias. (...)”.

Sobre este tópico, en lo que respecta a la debida acreditación de las deducciones cuya aplicación pretenda el contribuyente, el Consejo de Estado¹³ ha establecido un criterio jurisprudencial claro al considerar que tanto los requisitos generales -artículo 107 del E.T.- como los especiales de cada deducción, deben ser probados por el contribuyente por tratarse de una regla exceptiva que, disminuye la base gravable del tributo y que como tal, exige una comprobación especial respecto de los contribuyentes, en primer lugar por hallarse ellos en una posición privilegiada para demostrar la existencia y procedibilidad de tales erogaciones y en segundo por estar sujetos y en segundo lugar, dado que al acudir al proceso judicial es cada parte quien se encuentra obligada a acreditar las situaciones o afirmaciones sobre las cuales da base a sus pedimentos.

4.1.2. La contabilidad como prueba

El valor probatorio de la contabilidad en nuestro ordenamiento jurídico se refiere a la capacidad de los registros contables de un contribuyente para servir como prueba en un proceso judicial o administrativo, así la contabilidad es un medio de prueba legalmente aceptado y puede ser utilizada para respaldar las operaciones y transacciones realizadas por una empresa, empero para que la contabilidad tenga valor probatorio en Colombia, debe cumplir con ciertos requisitos legales, como ser llevada de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados y estar respaldada por documentos que acrediten las operaciones realizadas.

Sobre este particular el H. Consejo de Estado ha señalado que¹⁴:

“La contabilidad, como registro cifrado de la situación patrimonial de un ente económico, se incluye entre los medios de prueba que el legislador tributario estableció a favor del contribuyente. Su mérito depende de que se lleve en debida forma, es decir, ajustada a los requisitos especialmente previstos en los artículos 773 y 774 ibídem y, por remisión de la primera de dichas normas, a los propios de la legislación comercial y a los establecidos en el estatuto contable – Decreto 2649 de 1993.

Por disposición expresa del artículo 50 del C. de Co., la contabilidad debe llevarse en libros registrados y suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno, para así cumplir los objetivos que le asigna el artículo 3° del Decreto 2649 de 1993, entre ellos el de fundamentar la determinación de las cargas tributarias que, como todos los de su género, se satisface

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias del 26 de octubre de 2009, del 19 de agosto de 2010, 12 de abril de 2012, 18 de octubre de 2012, del 12 de diciembre de 2014 y del 15 de junio y 19 de julio de 2017, expedientes. 16761, 16750, 18329, 17734, 19261, 21864 y 20981.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, 12 de noviembre de 2015, Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00247-01(19999).

adecuadamente cuando la información es comprensible, útil y en ciertos casos comparable (art. 4 ibídem).

Tales libros contienen el asiento en orden cronológico de las operaciones mercantiles que realiza el ente económico y de todas las que puedan influir en su patrimonio. En ellos debe hacerse referencia a los comprobantes de contabilidad que soporten tales operaciones, a cada uno de los cuales deben anexarse los documentos que los justifican. Los comprobantes, entonces, respaldan las partidas asentadas en los libros y permiten constatar los asientos individuales, así como el estado general de los negocios de la empresa, de modo que entre unos y otros (libros y comprobantes) ha de existir la debida correspondencia, so pena de que carezcan de eficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos.

Los comprobantes, entonces, respaldan las partidas asentadas en los libros y permiten constatar los asientos individuales, así como el estado general de los negocios de la empresa, de modo que entre unos y otros (libros y comprobantes) ha de existir la debida correspondencia, so pena de que carezcan de eficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos.

Sin duda alguna, esa exigencia – la de debida correspondencia - da cuenta de la importancia que tienen los comprobantes contables en nuestro sistema tributario, que, a la postre, se ratifica en disposiciones como los artículos 774, 775 y 776 del ET, el último de los cuales limita la comprobación de costos, deducciones, exenciones especiales y pasivos hasta la concurrencia del valor de los comprobantes externos, cuando las cifras registradas en los asientos contables excedan su valor.

De cara a ese conjunto documentario, la Sala ha advertido en la prueba contable una unidad conformada por varios medios probatorios: los libros, los comprobantes externos e internos, y todos los documentos que tengan relación directa con los registros contables”.

4.2. Hechos relevantes probados

- La sociedad Centro Médico de Especialistas presentó su declaración privada del impuesto de renta para la equidad - Cree del año gravable 2016, incorporando en sus glosas de costos y gastos los siguientes conceptos:

Gastos de mantenimiento:	\$ 382.116.000
Depreciación:	\$ 135.427.000
Costo de ventas:	\$ 51.426.000 ¹⁵

- Según el contrato civil de obra arribado al expediente¹⁶, la demandante celebró contrato civil de obra, concretando el objeto contractual, en los siguientes términos:

“(…) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA, se obliga para con EL CONTRATANTE a ejecutar a todo costo lo relacionado en el Anexo 1. (cotización 1028)

¹⁵ Al respecto ver declaración inicial y su corrección, en concordancia con el requerimiento especial visible en el expediente digital, archivo: “04AnexosDemanda”, fls. 37-60.

¹⁶ Expediente digital, archivo: “04AnexosDemanda”, fls. 80-83.

CLAUSULA SEGUNDA: Los trabajos de que trata la cláusula primera “objeto” del presente contrato se harán según cotización entregada por EL CONTRATISTA como Anexo 1 Y forma parte integral del presente contrato. CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Esta obra se desarrolla con el objeto de efectuar adecuaciones de acceso (rampa) del edificio Centro de Especialista a la sede administrativa, adecuaciones de consultorios del segundo piso según el Anexo 1 (...)”

- Según contrato de arrendamiento financiero suscrito entre la demandante y la compañía financiera Leasing de Occidente S.A.¹⁷, el bien sobre el cual se ejecutaron las obras cuya erogación fue llevada como gasto por parte del contribuyente contaba con las siguientes características:

“PRIMERO: Que la CEDENTE en calidad de DESTINATARIA recibió en Agosto 1 de 2008 Oferta mercantil de construcción de obra civil de FEDERICO GARDEAZABAL CORRALES, para desarrollar el proyecto denominado “proyecto de ampliación clínica Santillana” sobre el inmueble identificado con el Folio de matrícula inmobiliaria No. 100-92347”; “SEGUNDO: Que con ocasión la oferta emitida y aceptada. LA CEDENTE tiene el derecho a adquirir la propiedad del bien citado por la transferencia que haga LA OFERENTA (sic) la (sic) final de la obra, en los términos y condiciones previstos en el documento de oferta y su orden de compra”; “TERCERO: Que es interés de la CEDENTE que la adquisición del bien ofertado sea realizada a través de una operación de arrendamiento financiero, por lo que ha solicitado a LEASING DE OCCIDENTE adquiere el bien en mención y se lo entregue en arrendamiento financiero”; “CUARTO: Que la los anteriores efectos ha decidido ceder el derecho que tiene para adquirir la propiedad del bien ofertado en construcción por el señor FEDERICO GARDEAZABAL CORRALES”¹⁸.

- Con el escrito de demanda se aportó cuadro anexo que hace referencia a las depreciaciones aplicadas por la demandante en su contabilidad, a la cuenta No. 1592 “depreciación acumulada”, en el cual respecto de la identificación del activo se limita a señalar las categorías “Maquinaria y equipo”, “Equipo de computación y comunicación” y “Maquinaria y equipo de hotelería” sin señalar otra descripción específica de los bienes¹⁹.
- A folios 94 a 107 del expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” obra formato de liquidación de prestaciones sociales de la señora Angie Lorena Barrera y comprobante de transacción por \$1.812.727, al igual que copia de un escrito de demanda propuesta por la señora Carmen Cecilia Montánchez contra la A.R.L. Sura y la sociedad Centro médico de Especialistas.

4.3. Análisis del caso concreto

De acuerdo al marco jurídico previamente expuesto, es claro que, la Dian cuenta con la facultad de modificar los ingresos y deducciones declarados por un contribuyente cuando se encuentran elementos suficientes que permiten cuestionar la veracidad de dicha

¹⁷ Expediente digital, archivo: “04AnexosDemanda”, fls. 80-83.

¹⁸ Ibidem, fls. 86-87.

¹⁹ Ibidem, fls. 92-96.

declaración. En este sentido, la autoridad fiscalizadora debe realizar una adecuada valoración de las pruebas recopiladas durante el proceso de fiscalización para determinar la corrección de los ingresos declarados.

La Dian en los actos administrativos demandados, modificó el monto de los costos y gastos declarados por la sociedad Centro Médico de Especialistas al descontar de las glosas respectivas los valores de Gastos de mantenimiento por \$382.116.000, Depreciación por \$135.427.000 y costos de venta por \$51.426.000.

Para establecer la viabilidad de tales erogaciones como deducciones de la base gravable del tributo aquí discutido, la Sala efectuara su análisis en forma separada.

4.3.1 De las erogaciones por construcción y adecuación

La primera discusión planteada por el demandante consiste en afirmar que la Dian le desconoce la suma de \$382.116.000²⁰ deducida como gasto en razón de unas obras en el bien inmueble donde prestaba sus servicios de salud, al considerar que esa suma no es un gasto, sino un costo del activo, que generó un mayor valor de éste.

Frente a este aspecto, la misma demandante, en los hechos y concepto de violación afirma que las obras que se realizaron en la planta física donde presta sus servicios, consistieron en la construcción de rampas, mantenimiento de los cielos rasos, de los techos, de los baños, adecuación de los cuartos para quirófanos, entre otros, los cuales fueron necesarios para modificar una vivienda familiar adquirida previamente, con el fin de ampliar las instalaciones de la “Clínica Santillana” lo cual requería la construcción de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio de salud.

Sobre lo anterior, resulta pertinente traer a colación el artículo 69 del Estatuto Tributario vigente para este caso, que disponía lo siguiente con relación a los costos de activos fijos:

“ARTICULO 69. COSTO DE LOS ACTIVOS FIJOS. El costo de los bienes enajenados que tengan el carácter de activos fijos, está constituido por el precio de adquisición o el costo declarado en el año inmediatamente anterior, según el caso, más los siguientes valores:

- a. El valor de los ajustes a que se refiere el artículo siguiente.*
- b. El costo de las adiciones y mejoras, en el caso de bienes muebles.*
- c. El costo de las construcciones, mejoras, reparaciones locativas no deducidas y el de las contribuciones por valorización, en el caso de inmuebles.” (Subraya la Sala)*

Por su parte el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la Contabilidad General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, sobre el tema dispone:

²⁰ Debe advertirse que este valor desconocido corresponde al valor efectivamente señalado como gasto por el contribuyente \$ 387.934.920, menos el valor reconocido por la administración en la liquidación oficial correspondiente a la depreciación de este mayor valor del activo \$5.819.023.

“Artículo 64. Propiedades, planta y equipo. Las propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, contruidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año.

El valor histórico de estos activos incluye todas las erogaciones y cargos necesarios hasta colocarlos en condiciones de utilización, tales como los de ingeniería, supervisión, impuestos, intereses, corrección monetaria proveniente del Upac y ajustes por diferencia en cambio.

El valor histórico de las propiedades, planta y equipo, recibidas en cambio, permuta, donación, dación en pago o aporte de los propietarios, se determina por el valor convenido por las partes, debidamente aprobado por las Autoridades cuando fuere el caso o, cuando no se hubiere determinado su precio, mediante avalúo.

El valor histórico se debe incrementar con el de las adiciones, mejoras y reparaciones, que aumenten significativamente la cantidad o calidad de la producción o la vida útil del activo.

Se entiende por vida útil el lapso durante el cual se espera que la propiedad, planta o equipo, contribuirá a la generación de ingresos. Para su determinación es necesario considerar, entre otros factores, las especificaciones de fábrica, el deterioro por el uso, la acción de factores naturales, la obsolescencia por avances tecnológicos y los cambios en la demanda de los bienes o servicios a cuya producción o suministro contribuyen.

...

El valor de realización, actual o presente de estos activos debe determinarse al cierre del período en el cual se hubieren adquirido o formado y al menos cada tres años, mediante avalúos practicados por personas naturales, vinculadas o no laboralmente al ente económico, o por personas jurídicas, de comprobada idoneidad profesional, solvencia moral, experiencia e independencia. Siempre y cuando no existan factores que indiquen que ello sería inapropiado, entre uno y otro avalúo estos se ajustan al cierre del período utilizando indicadores específicos de precios según publicaciones oficiales o, a falta de éstos, por el PAAG correspondiente.

El avalúo debe prepararse de manera neutral y por escrito, de acuerdo con las siguientes reglas:

- 1. Presentará su monto discriminado por unidades o por grupos homogéneos.*
- 2. Tratará de manera coherente los bienes de una misma clase y características.*
- 3. Tendrá en cuenta los criterios utilizados por el ente económico para registrar adiciones, mejoras y reparaciones.*
- 4. Indicará la vida útil remanente que se espera tenga el activo en condiciones normales de operación.*
- 5. Segregará los bienes muebles reputados como inmuebles, mostrando su valor por separado.”*
(Subraya la Sala).

Finalmente, el Decreto 2650 de 1993, por el cual se modifica el Plan Único de Cuentas para los Comerciantes contempla:

“Clase: Activo.

*Grupo: 15. Propiedad Planta y Equipos**Descripción:*

Comprende el conjunto de las cuentas que registran los bienes de cualquier naturaleza que posea el ente económico, con carácter permanente para el desarrollo del giro normal de sus negocios o que se poseen por el apoyo que prestan en la producción de bienes y servicios, por definición no destinados para la venta en el curso normal de los negocios.

Las Propiedades Planta y Equipo deben registrarse al costo de adquisición o construcción, del cual forman parte los costos directos e indirectos causados hasta el momento en que el activo se encuentre en condiciones de utilización o en condiciones de puesta en marcha o enajenación, tales como los de ingeniería, supervisión, impuestos, corrección monetaria e intereses. Los intereses y la corrección monetaria causados sobre obligaciones contraídas en la adquisición forman parte del costo, salvo cuando ha concluido la etapa de puesta en marcha y tales activos se encuentren en condiciones de utilización.

(...) Las reparaciones y mejoras que aumenten la eficiencia o extiendan la vida útil del activo constituyen costo adicional.

Las erogaciones realizadas para atender el mantenimiento y las reparaciones que se realicen para la conservación de los bienes muebles e inmuebles, se deben llevar como gastos del ejercicio en que se produzcan.”

Es necesario dejar presente en este punto de la discusión que, las partes no discuten que las obras se hubieran realizado para desarrollar de mejor manera actividades propias a las del objeto social de la demandante; sino el hecho de que esas obras realizadas, no pueden ser catalogadas como un gasto de la prestación del servicio, ya que estas mejoraron necesariamente las condiciones del bien inmueble de la demandante, mejoraron la calidad y la vida útil del mismo.

Al respecto, la Sala resalta la relevancia de la contabilización que debió efectuar la sociedad demandante en los términos del citado Decreto 2650 de 1993, el cual señalaba que, el costo de los activos se halla compuesto por el valor de adquisición de los mismos, pero también por los costos directos e indirectos causados hasta el momento en que el activo se encuentre en condiciones de utilización o en condiciones de puesta en marcha o enajenación.

En este orden de ideas, no se discute por la parte actora que, en el marco de su objeto social adquirió un bien inmueble destinado a uso residencial y que requirió para su utilización en la prestación de servicios médicos, adecuar sus instalaciones, por lo que se hace evidente que, los costos de dicha adecuación no podían ser llevados como gastos del ejercicio, sino que debieron ser contabilizados como un mayor valor de dicho inmueble.

Adicionalmente, se tiene que la norma tributaria citada, expresamente señala que, el costo de los activos fijos debía componerse del valor de adquisición más el costo de las construcciones y mejoras del mismo, construcciones y mejoras del bien que, a juicio de esta Sala, no necesita demostración adicional, pues se entiende que, si en un bien inmueble se construyen obras tales como rampas, quirófanos y otras propias de la actividad médica, necesariamente el valor de un inmueble que otrora tenía una simple destinación residencial ha sido elevado con su adaptación a una clínica con la infraestructura necesaria para la

prestación de servicios médicos²¹.

Véase como, en el expediente reposa el contrato civil de obra suscrito por el Centro Médico de Especialistas CME S.A., en el cual se lee que su objeto es la adecuación de accesos, adecuaciones de consultorios del segundo piso, cuarto de procedimientos y fisioterapia, y todo lo detallado en el anexo 1 -que valga decir, no reposa dentro del expediente-; de ello inferir razonablemente que, las obras realizadas contribuyeron al mejoramiento y mayor del bien que se itera, como lo señaló la parte actora, antes de dichas obras contaba con una infraestructura simplemente residencial.

Ahora bien, no es de recibo el cargo principal dealzada y que fuere igualmente base primordial de sus pedimentos en el escrito demanda, referente a que la Dian debía efectuar un estudio técnico que concluyera si las construcciones, modificaciones o adecuaciones realizadas al bien elevaron o no el valor del activo, pues como se expuso en precedencia la aplicación de dichas erogaciones como deducciones en favor del contribuyente y el requerimiento de este para comparecer al proceso de liquidación oficial de revisión le imponían la carga de la prueba sobre la existencia y procedencia de los mismos, más aún cuando en el plenario existen elementos probatorios validos que permiten inferir razonablemente que las obras realizadas en el inmueble de su propiedad contribuyeron a aumentar el valor del activo.

Por lo expuesto, no prospera el cargo de nulidad relacionado con la falsa o falta de motivación del acto por el desconocimiento de los gastos de mantenimiento por \$382.116.000, pues como se concluye de lo previamente reseñado, estos valores debieron ser llevados por el contribuyente como un mayor valor del activo, sujeto a la depreciación pertinente y no como un gasto deducible por completo en la vigencia fiscal de 2016.

4.3.2 De los gastos por depreciación

El demandante centra esta discusión en que, la Dian dice que no se acreditó la procedencia de la depreciación deducida en la declaración de renta, pues solicitó el cuadro de depreciación de activos y no se aportó; y acepta igualmente la sociedad en su demanda que, no lo aportó en su momento, porque en 2018 se efectuó un cambio del sistema contable, y se debió reconstruir la información; y que la Dian no valoró el cuadro aportado posteriormente, por lo que vulneró el debido proceso, y a su juicio, se encuentra acreditada la deducibilidad de la erogación por \$125.357.580.

Los artículos 127, 128, 131, 137 y 138 del Estatuto Tributario vigente para este asunto disponen con relación a la deducción por depreciación y vida útil del bien, lo siguiente:

Artículo 127. Beneficiarios de la deducción. *El contribuyente beneficiario de la deducción por depreciación es el propietario o usufructuario del bien, salvo que se trate de venta con pacto de reserva de dominio, en cuyo caso el beneficiario es el comprador. El arrendatario no puede*

²¹ Cabe destacar que la referida conclusión, reitera la posición que ya había sido adoptada por este Tribunal en asunto de símil discusión, al respecto ver sentencia del 10 de marzo de 2023, radicado 17-001-23-33-000-2021-00227-00, M.P. Fernando Alberto Álvarez Beltrán.

deducir suma alguna por concepto de depreciación del bien arrendado. Sin embargo, cuando el arrendatario de un inmueble le haga mejoras cuya propiedad se transfiera al arrendador sin compensación, el arrendatario puede depreciar el costo de la mejora, conforme a la vida útil de ésta, sin atender al término de duración del contrato.

Si quedare un saldo pendiente por depreciar, al enajenar definitivamente la mejora, el arrendatario tiene derecho a deducirlo como pérdida, siempre que no utilice la mejora posteriormente.”

Artículo 128. *Son deducibles cantidades razonables por la depreciación causada por desgaste o deterioro normal o por obsolescencia de bienes usados en negocios o actividades productoras de renta, equivalentes a la alícuota o suma necesaria para amortizar el ciento por ciento (100%) de su costo durante la vida útil de dichos bienes, siempre que éstos hayan prestado servicio en el año o período gravable de que se trate.*

Artículo 129. *Se entiende por obsolescencia el desuso o falta de adaptación de un bien a su función propia, o la inutilidad que pueda preverse como resultado de un cambio de condiciones o circunstancias físicas o económicas, que determinen clara y evidentemente la necesidad de abandonarlo por inadecuado, en una época anterior al vencimiento de su vida útil probable.*

Artículo 131. *El costo de un bien depreciable está constituido por el precio de adquisición, incluidos los impuestos a las ventas, los de aduana y de timbre, más las adiciones y gastos necesarios para ponerlo en condiciones de iniciar la prestación de un servicio normal.*

Artículo 137. *La vida útil de los bienes depreciables se determina conforme a las normas que señale el reglamento, las cuales contemplarán vidas útiles entre tres y veinticinco años, atendiendo a la actividad en que se utiliza el bien, a los turnos normales de la actividad respectiva, a la calidad de mantenimiento disponible en el país y a las posibilidades de obsolescencia.*

Artículo 138. *Si el contribuyente considera que la vida útil fijada en el reglamento no corresponde a la realidad de su caso particular, puede, previa autorización del Director de Impuestos Nacionales, fijar una vida útil distinta, con base en conceptos o tablas de depreciación de reconocido valor técnico.*

Si la vida útil efectiva resulta menor que la autorizada, por razones de obsolescencia u otro motivo imprevisto, el contribuyente puede aumentar su deducción por depreciación durante el período que le queda de vida útil al bien, aduciendo las explicaciones pertinentes.

Si la vida útil efectiva resulta superior a la autorizada por el reglamento, el contribuyente puede distribuir, dentro del lapso faltante, el saldo amortizable, o puede disminuir su deducción de acuerdo con la vida útil efectiva.” (Subraya la Sala)

Ahora bien, el Consejo de Estado²² sobre los requisitos para que proceda la deducción por depreciación en mención, ha señalado:

²² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de octubre de 2020. CP. Dr. Milton Chávez García. Rad. 25000-23-37-000-2016-00774-01(23914)

“Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en la sentencia de 3 de julio de 2020, en el que se analizó un asunto similar entre las mismas partes. En dicha providencia se estableció que para determinar el valor de los activos, en este caso, de inmuebles integrados por edificaciones y terrenos, se debía acudir a un avalúo técnico, con fundamento en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993. En lo pertinente, la Sala sostuvo lo siguiente:

“Como lo precisó la Administración en su doctrina, fundamento del requerimiento especial, la normativa tributaria no señalaba un procedimiento específico para calcular el valor del terreno no depreciable sobre el cual se encuentra una edificación; en consecuencia, se permitía acudir a los sistemas y normas contables de valorización de activos, normas entre las cuales se encontraba el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, el cual, por encontrarse vigente para el período en discusión, resulta aplicable al presente caso.

...

En ese orden de ideas, advierte la Sala que la Administración y el a quo, debieron valorar, conforme a las reglas de la sana crítica, los avalúos técnicos allegados durante la investigación y con la demanda, los cuales, contrario a lo considerado por el Tribunal, sí gozan de fuerza probatoria para verificar el hecho que se pretendió demostrar (la razonabilidad del valor asignado a la construcción), en cuanto se ajustaron a las previsiones del artículo 785 del ET, mientras que la certificación emitida por Catastro se limitó a indicar los valores asignados -en metros cuadrados- de la construcción y el terreno, sin explicar cómo los determinó y por qué concluyó (al hacer el análisis matemático) que el porcentaje de participación del terreno era del 87%, y el de la construcción 13%. En esas condiciones, con el avalúo presentado por la actora con la respuesta al requerimiento especial se desvirtuaron los valores determinados por la Administración en relación con la deducción discutida.

...

Ahora, como también lo ha expresado la Sala, ante «una divergencia entre dicha información [la catastral] y las circunstancias reales de los inmuebles al momento de la causación, deben prevalecer estas últimas siempre que sean debidamente probadas».

Conforme con el criterio anterior, para determinar el costo fiscal de los inmuebles susceptibles de depreciación (construcciones), resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, vigente para el período en discusión, y por ello es procedente tomar el avalúo técnico como base para calcular la deducción por depreciación. (...) (Subraya la Sala).

Si bien dentro las pruebas que obran en el expediente se evidencia un cuadro de depreciación aportado por la sociedad contribuyente; no obra ninguna prueba relacionada con la identificación de los bienes sujetos a depreciación, como tampoco ningún tipo de información acerca de los costos histórico de dichos bienes, depreciaciones acumuladas en periodos anteriores, valores residuales; es decir, ninguna prueba que permita comprobar la existencia material de tales gastos, como tampoco el adecuado cómputo de los mismos.

En este orden de ideas, la Sala reitera la posición previamente señalada y que impide que sean de recibo los argumentos de la sociedad demandante sobre este particular, esto es, que era el contribuyente quien contaba con la obligación de acreditar de forma suficiente la deducción pretendida, bien sea en el marco del procedimiento administrativo o en el presente asunto de control jurisdiccional.

Sin embargo, las pruebas aportadas por este carecen por completo de la información e idoneidad pertinente, pues se limitan a un cuadro contable que en primer lugar no cuenta con la información completa para el cálculo de la deducción y que como lo reseñó el *a quo* carecen por completo de los soportes contables internos o externos que sustenten su contenido -avalúos técnicos, documentos demostrativos del costos de adquisición, entre otros-, lo cual se erige como requisito necesario para que este tipo de documentos contables puedan ser valorados como prueba.

Corolario, la Sala no observa causal de nulidad frente al acto administrativo por cuenta del desconocimiento del gasto por depreciación declarado por la sociedad demandante.

4.3.3 Del costo de venta rechazado

Frente a este tópico, la parte actora ha formulado una discusión completamente genérica en la cual se limita a señalar que, sí demostró la totalidad de los costos de venta que fueron señalados en su declaración privada, arguyendo como cargo de nulidad de los actos administrativo el somero señalamiento de que la Dian expuso que el contribuyente no acreditó el concepto al cual correspondía la suma enunciada; y que, la sociedad demandante allegó soportes de “*algunos gastos*”, que, a su juicio, no fueron valorados, sin que señale con precisión las pruebas a las que se refiere o los costos que considera se encuentran debidamente acreditados y que respaldan los valores incorporados en dicho rubro.

Además, contrario a lo señalado por la parte actora, los actos administrativos expedidos por la Dian han sido claros al señalar al contribuyente, incluso desde el requerimiento especial, que este no acreditó la totalidad de la suma de \$7.221.820.000 que declaró en su denuncia rentístico, en efecto la administración le expuso al contribuyente:

“Costo de venta, cuenta 61 costos de prestación de servicios, se tomó del balance de prueba a 31-12-2016 la cuenta del costo por \$7.017.266.643 (folio 258) comprendido en forma global por el costo de las diferentes unidades funcionales de la clínica: Servicios de salud hospitalarios, atención de urgencias, quirófanos, ortopedia, farmacia; a éste valor se suman otras partidas fiscales como servicio de suministro de alimentación hospitalario y se restan otras como indemnizaciones laborales, según la conciliación contable y fiscal final (folio 281) y se determina el costo de prestación de servicios por \$7.170.393.651. (Subrayado de la Sala)

...

Determinación del costo de prestación de servicios, revisado y presentado por la entidad: Folios 280 a 282

valor del costo contable es de	\$ 7.017.266.643
(-) vacaciones	\$ 15.516.243
(-) indemnizaciones laborales	\$ 3.966.456
(-) aportes de salud a EPS	\$ 11.498.081
(-) depreciaciones equipo de oficina	\$ 23.534.562
(+) amortizaciones leasing	\$ 127.688.527
(+) servicio suministro hospitalario	\$ 79.953.824

Costo determinado	\$ 7.170.393.651
(-) valor del costo fiscal declarado	\$ 7.221.820.000
Diferencia en el costo a rechazar	\$ 51.426.000"

Como puede verse, la Dian realizó al contribuyente un claro requerimiento en el cual manifiesta que, del total declarado por concepto de ventas, no se han acreditado los costos correspondientes a \$51.426.000, discriminando incluso cada uno de los rubros que componen dicho cómputo.

De conformidad con lo anterior, no puede pretenderse por el contribuyente en sede administrativa y mucho menos ante este operador judicial pretender derivar cargos de nulidad frente a los actos administrativos bajo la simple mención de que sí allegó soportes de “*algunos gastos*” que acreditan el referido costo de ventas, sin señalar en forma precisa a qué erogaciones está haciendo referencia, o cuando menos señalar cual de los diferentes rubros esbozados por la administración es errado o incompleto.

Nótese como, incluso dentro de las pruebas allegadas con el escrito de demanda, los únicos documentos aportados que pueden hacer referencia a alguno de los rubros rechazados por la Dian como costo de venta, corresponden a un cuadro sin mayor denominación que advierte los valores de una liquidación de prestaciones por valor de \$1.812.727 y una escueta demanda laboral, los cuales no dan ninguna razón de la existencia material de los costos rechazados por \$ 51.426.000.

En esta línea de intelección, se hace necesario reiterar lo ya señalado acerca de la carga de la prueba que asiste a la parte actora para pretender la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, a quien para el caso concreto le resulta exigible cuando menos una argumentación específica acerca de los valores que considera fueron indebidamente rechazados y correlativamente la acreditación probatoria de dichos valores, sin que pueda pretender como lo hace, que se arribe a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo bajo meras menciones genéricas realizadas en el escrito de demanda.

4.4 Conclusión

De conformidad con las situaciones previamente expuestas, se concluye que, se ajusta a derecho el desconocimiento de los gastos deducidos por el contribuyente por concepto de gastos de mantenimiento, depreciación y costo de ventas, dado que el contribuyente no logró demostrar ni en sede administrativa, ni en el presente medio de control jurisdiccional la existencia y procedibilidad de los costos y gastos incluidos en su denuncia rentístico por tales conceptos.

En línea con lo previamente señalado, la Sala confirmará la decisión del *a quo*, en cuanto denegó las pretensiones de nulidad de los actos administrativos en lo que respecta a la modificación de costos y gastos efectuada por la Dian.

5. Cuarto problema jurídico *¿Resulta procedente la imposición de la sanción por inexactitud efectuada a través de los actos demandados?*

Para dar respuesta al interrogante planteado se analizará: i) el marco normativo sobre la sanción por inexactitud y ii) el caso concreto.

5.1. Marco normativo

El artículo 647 del Estatuto Tributario, vigente para el caso, dispone con relación a la sanción por inexactitud lo siguiente:

“Artículo 647. Sanción por inexactitud. Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes, y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable. Igualmente, constituye inexactitud, el hecho de solicitar compensación o devolución, sobre sumas a favor que hubieren sido objeto de compensación o devolución anterior.

...

No se configura inexactitud, cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las Oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos...”. (Subraya la Sala).

5.2. Análisis sustancial del caso concreto

Señala la parte actora que, debe eliminarse la sanción por exactitud, toda vez que la modificación de la declaración obedece a una diferencia de criterio relativo a la interpretación del derecho aplicable; pues, la discusión radica en si una erogación puede deducirse en el año en el cual se incurre, o debe capitalizarse para que vía depreciación en los años posteriores pueda ser deducida, discusión que claramente recae sobre la interpretación jurídica.

Al respecto, debe destacarse que la discusión que se presenta no es solo la mencionada por el demandante, ya que si bien esta representa la suma más alta, su declaración fue igualmente modificada en razón de los gastos por depreciación y los costos de venta no acreditados.

Así, se encuentra probado que, la Dian en la liquidación oficial impuso sanción por inexactitud equivalente al 100% de la diferencia entre el saldo a favor determinado en esa liquidación oficial, lo cual se dio en razón a la inclusión de deducciones inexistentes -gastos por depreciación y costos de venta- y a la utilización en las declaraciones de datos equivocados o desfigurados -inclusión de valores como gastos, pese a que debieron registrarse como mayor valor del activo-, de los cuales se derivó un menor impuesto o saldo a pagar y un saldo a favor para el contribuyente.

El Consejo de Estado^{23 se} ha pronunciado frente a la sanción por inexactitud al señalar que:

“(…) Respecto del cargo de apelación de la entidad demandada en relación con la sanción por inexactitud, la Sala no comparte la decisión del a quo de levantar la sanción por diferencia de criterios, pues lo primero que exige el artículo 647 en referencia, es que los hechos y cifras denunciados sean completos y veraces, siendo necesario que en el proceso exista una prueba que los corrobore en toda su magnitud; en segundo lugar, la citada norma requiere que el contribuyente demuestre que la interpretación de la norma en la que se subsume el hecho económico gravado y declarado es razonable, es decir, que se encuentra sustentada en métodos o técnicas de interpretación legalmente aceptables. Nada de lo cual acontece en este asunto.

...

Adicionalmente, la discusión en sede administrativa se centró en el rubro de costos, en especial sobre una porción de estos (\$57.283.000 de compra de otros productos y \$21.279.000 por concepto de compra de gasolina extra) que no aparecían registrados en su contabilidad y sobre los cuales la parte actora no allegó prueba documental que justificara esas diferencias.

Esas razones llevan a la Sala concluir, que de las varias interpretaciones posibles de la norma, el demandante acogió aquella que no resultaba conforme con la finalidad de la misma, lo que se contrapone a un actuar exento de culpa que haga procedente el levantamiento de la sanción impuesta por la administración -aplicado al principio constitucional de favorabilidad-, la cual debe mantenerse y por consiguiente en este aspecto se revocará el fallo apelado. (...)”

En este caso la discusión no versa sobre diferencia de criterios, esto es, respecto a la norma aplicable o su interpretación, pues la discusión se da sobre la procedencia de gastos de mantenimiento por \$382.116.000; la de los gastos por depreciación; y sobre el costo de ventas por \$51.426.000; y, al revisar el fondo de la discusión se advierte que, tanto en sede administrativa como en sede judicial, ello obedece a un desconocimiento injustificado de las normas contables y tributarias aplicables, así como la falta de acreditación de algunas deducciones.

5.3. Conclusión

Por lo expuesto, la Sala no encuentra acreditados los presuntos errores de apreciación o diferencias de criterio, que necesariamente exigen la confrontación o cotejo de, al menos, dos elementos disímiles o dispares; por lo que no hay lugar a exonerar al demandante de la sanción por exactitud impuesta por la Dian.

Por lo expuesto, en consonancia con las conclusiones a las que se arribó en los demás planteamientos formulados, se impone confirmar la sentencia apelada.

6. Costas

Teniendo en cuenta que la decisión sobre las costas procesales adoptada en primera

²³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 4 de noviembre de 2021. MP. Dra. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Rad. 63001-23-33-000-2018-00207-01(24754).

instancia no fue objeto de apelación, no se resolverá sobre esta, y con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), no se impondrá condena en costas en esta instancia teniendo en cuenta que no se vislumbran actuaciones por parte de los apoderados que puedan generar agencias en derecho, como tampoco que estas hayan incurrido en gastos procesales.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron las súplicas de la parte demandante, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por Centro Médico de Especialistas S.A. contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 172

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

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00121-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Esther Julia Betancourt Ocampo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-266 del 8 de septiembre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

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

mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

No contestó la demanda oportunamente.

2.2. Departamento de Caldas

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

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

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a Fomag son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, propuesta por el departamento de Caldas y negó las pretensiones de la parte demandante.

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

4. Recurso de apelación

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

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

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

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

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

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignarlas cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es*

posible establecer límite final de la sanción moratoria”. –“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”. –“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?*

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12¹ y 17² dispuso que los

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

² Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se

empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de *“los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada*

tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...).”

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

en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 7º. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la 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

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra

los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece que:

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

Parágrafo. - *En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”*

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

Artículo 5º. Mora en el pago. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

Parágrafo. *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.*

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucía hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$5.577.264, e intereses a las cesantías por \$92.724, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 1 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-266 de 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo

¹⁵ F. 22-23 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 04

Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.

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

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 27 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Esther Julia Betancourt Ocampo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin **condena** en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 170

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00147-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Clara Cristina Mora Giraldo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del oficio NOM-793 del 12 de octubre de 2021 emitido por el departamento de Caldas, y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

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

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de: *“Inexistencia de la obligación”*.

2.2. Departamento de Caldas

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

fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

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

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a Fomag son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declarar probada la excepción de “*inexistencia de la obligación*”, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Que si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

Que de conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

4. Recurso de apelación

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

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

cesantías.

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

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

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

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

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99*

y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

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

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

prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, así:

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

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

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

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

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

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag,

dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece que:

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiénolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos

⁵ "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

***Parágrafo.** - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

***Artículo 2º.-** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

***Parágrafo.** - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad*

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

***Artículo 5°. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

***Parágrafo.** En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.*

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron por cesantías de 2020, \$2.689.556, e Intereses a las cesantías por \$413.981, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 29 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-793 del 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

¹⁵ F. 21-22 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 8-11 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 3 Archivo digital: 04

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo*

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.*

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

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

derecho promovido por Clara Cristina Mora Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 171

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00177-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Inés Orozco Londoño
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del oficio NOM-661 del 12 de octubre de 2021 emitido por el departamento de Caldas, y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

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

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de: *“Inexistencia de la obligación”*.

2.2. Departamento de Caldas

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

fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

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

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a Fomag son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declarar probada la excepción de “*inexistencia de la obligación*”, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es aplicable en el presente caso, donde las particularidades del régimen pensional administrado por el Fondo le exige, la disposición de los recursos cada que uno de sus afiliados solicite el auxilio de las cesantías, los cuales ya se encuentran debidamente apropiados desde el año respecto del cual se causa el derecho y que solo requieren la formalidad de la liquidación por parte del ente territorial, el cual, en todo caso, deberá allegar la misma hasta el 05 de febrero del año subsiguiente a la vigencia que se liquida. Por lo que aún con la regulación especial, las entidades accionadas cumplen con los términos legales generales (15 de febrero) para que el accionante conozca el monto de los recursos que por este concepto tiene a su disposición.

Que si la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto quedó sin demostración que las cesantías causadas por el 2020, no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encuentra el Despacho que, en los certificados aportados, están relacionadas las cesantías año tras año con la respectiva liquidación de intereses, y la fecha de pago de los mismos.

Que de conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

4. Recurso de apelación

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

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

cesantías.

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

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

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

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

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99*

y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

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

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

prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, así:

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

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

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

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

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

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag,

dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece que:

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiénolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos

⁵ "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

***Parágrafo.** - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

***Artículo 2º.-** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

***Parágrafo.** - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad*

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

Artículo 5°. Mora en el pago. *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

Parágrafo. *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.*

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron por cesantías de 2020, \$2.174.547, e Intereses a las cesantías por \$561.809, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 29 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-661 del 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

¹⁵ F. 22-23 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 04

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo*

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.*

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

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

derecho promovido por Gloria Inés Orozco Londoño contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

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

A.I. 159.

Radicado: 17-001-23-33-000-2023-00066-00
Naturaleza: Incidente de Desacato - Acción de Cumplimiento
Accionantes: Carlos Enrique Gómez Ortiz
Accionadas: Municipio de Salamina
Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Autolujo S.A.

I. ASUNTO

Procede Despacho a emitir requerimiento previo a dar apertura al incidente de desacato propuesto por **la parte actora**, contra el **municipio de Salamina**, la **Policía Nacional** y la empresa **Autolujo S.A.** por el supuesto incumplimiento de lo ordenado en la sentencia proferida el 19 de mayo de 2023 por esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES

En la solicitud de apertura de incidente por desacato, la parte accionante aduce que la empresa de Autolujo S.A. ha incumplido la sentencia del 19 de mayo de 2023, en la que se dispuso:

“TERCERO: ORDENAR a la empresa Autolujo S.A., el cumplimiento efectivo del artículo primero de la Resolución 588 de 2022, por lo que debe dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la ejecutoria del fallo, adoptar, ejecutar y controlar las acciones pertinentes para que, en el despacho de los colectivos de turno, solo permanezcan dos vehículos de transporte público en la bahía ubicada en la calle 9 entre Carreras 8 y 9 al frente del despacho de la parroquia Santa Bárbara”.

De acuerdo con la facultad otorgada en la Ley 393 de 1997, artículo 29¹ y en cumplimiento del mismo, se requerirá al señor Luis Eduardo Galvis Ocampo en su calidad de Gerente de

¹ “El que incumpla orden judicial proferida con base en la presente Ley, incurrirá en desacato sancionable de conformidad con las normas vigentes, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental; de no ser apelada se consultará

la Empresa de Transporte Autolujo S.A², a fin de que dentro del término de DOS (2) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta decisión, acredite el cumplimiento de la referida orden. En su defecto, informará las causas del desacato al referenciado acto administrativo.

De igual forma se requerirá al alcalde del municipio de Salamina – Caldas para que allegue informe y evidencias sobre las gestiones adelantadas para hacer cumplir el artículo primero de la Resolución 588 de 2022 expedida por el municipio de Palestina, el cual determina que: *“ARTÍCULO PRIMERO: AUTORIZAR el despacho de los colectivos de turno (solo 2 vehículos) que transportan personas del municipio de Palestina hacia el municipio de Chinchiná en la bahía ubicada en la calle 9 entre Cras 8 y 9 Al frente del despacho de la parroquia Santa Bárbara”*.

Lo anterior como fue advertido en la parte considerativa del aludido fallo. En su defecto, informará las causas del desacato.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

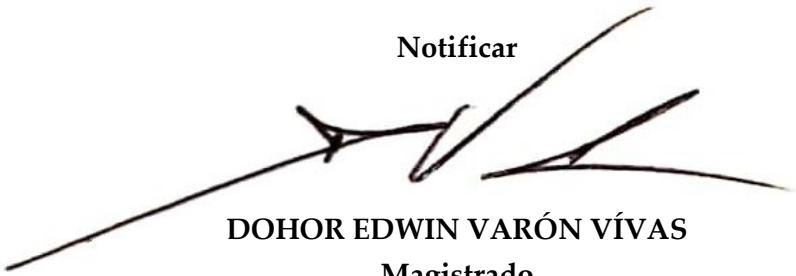
RESUELVE

PRIMERO: REQUIÉRASE a Luis Eduardo Galvis Ocampo en su calidad de Gerente de la Empresa de Transporte Autolujo S.A., o a quien haga sus veces. a fin de que dentro de los DOS (2) DÍAS HÁBILES siguientes contados a partir de la notificación de esta decisión acredite el cumplimiento de la sentencia del 19 de mayo de 2023 dentro de la acción de cumplimiento por el Tribunal Administrativo de Caldas.

SEGUNDO: REQUIÉRASE al Alcalde del municipio de Salamina – Caldas a fin de que dentro de los DOS (2) DÍAS HÁBILES siguientes contados a partir de la notificación de esta decisión allegue informe y evidencias sobre las gestiones adelantadas para hacer cumplir el artículo primero de la Resolución 588 de 2022.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes intervinientes por el medio más expedito.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS
Magistrado

con el superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres (3) días siguientes si debe revocar o no la sanción. La apelación o la consulta se hará en el efecto suspensivo.”

² Expediente digital: “038CetificadoExistenciaYRepresentación”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

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

A.I.: 160

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00078-00
NATURALEZA: Nulidad
DEMANDANTE: Susuerte S.A.
DEMANDADOS: Municipio de Manizales – Concejo Municipal

Procede el Despacho Sustanciador de conformidad con lo establecido el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, a resolver sobre el traslado para alegar previo a la emisión de sentencia anticipada atendiendo a la causal establecida en el numeral 1º, literal A de dicho canon normativo, dando por agotadas las siguientes etapas.

1.- Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento.

De tal suerte que, ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

3.- Fijación del Litigio:

A efectos de fijar los extremos de la controversia traída a control jurisdiccional, el Despacho señalará de conformidad con la demanda y su contestación las posiciones que fueron planteadas por las partes demandante y demandada.

Igualmente se señalarán los problemas jurídicos que serán objeto de resolución por esta instancia, sin perjuicio de que al momento de emitir la sentencia correspondiente se adviertan otros planteamientos que deban ser absueltos.

Controversia entre las partes.

Las partes disienten sobre el debido cumplimiento del artículo 49 de la Ley 643 de 2001, con base en el cual los municipios no pueden gravar con tributos diferentes a los regulados en dicha ley, la suscripción, ejecución o liquidación de los contratos para la operación y en general ninguno de los actos de la operación comercial de la actividad de juegos de suerte y azar, alegándose por la parte accionada que esto no impide fijar una tarifa del impuesto de industria y comercio en el municipio de Manizales para dicha actividad.

De otra parte se discute, si de conformidad con el artículo 60 de la Ley 643 de y los Decretos 4142 y 4144 de 2011 el municipio podía o no emitir actos como el demandado que regula las actividades de juegos de suerte y azar, a pesar de que se alega que dicha facultad radica exclusivamente en Coljuegos y el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Con base en lo anterior, se discute la legalidad de los actos enjuiciados en lo que respecta a la fijación de reglamentación acerca de las actividades de juegos de suerte y azar y la imposición de una tarifa para dicha actividad respecto del impuesto de industria y comercio.

Problemas jurídicos:

Para resolver el asunto traído a control jurisdiccional el Despacho estima pertinente desatar los siguientes problemas jurídicos, sin perjuicio de que al momento de emitir sentencia se adviertan otros planteamientos a dilucidar:

¿Adolece de nulidad el acto administrativo demandado por haberse fijado con este una tarifa de impuesto de industria y comercio y otras regulaciones respuesta de las actividades de juegos de suerte y azar en el municipio de Manizales?

3.- Decreto de Pruebas:

3.2. Parte demandante.

La parte demandante no efectuó solicitud de decreto de pruebas diferentes a las aportadas con la demanda, en tal sentido se tendrán como pruebas las referidas documentales obrantes en el expediente digital, archivo “02DemandaYanexos”.

3.2. Parte demandada – Municipio de Manizales.

No contestó la demanda.

3.3. Parte demandada – Concejo Municipal de Manizales.

No efectuó solicitud especial de decreto de pruebas.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

PRIMERO: Declarar saneado el proceso.

SEGUNDO: Incorporar como prueba hasta donde la Ley lo permita, los documentos aportados como pruebas por la parte demandante obrante en el expediente digital, archivos archivo “02DemandaYanexos”.

TERCERO: Correr traslado las partes y al ministerio público por el término de DIEZ (10) DIAS, con el fin de que presenten por escrito los alegatos de conclusión dentro del presente asunto.

CUARTO: Una vez se encuentre vencido el término anterior, pásese el expediente a despacho para la emisión de sentencia anticipada.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 169

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

RADICADO: 17-001-33-33-002-2023-00206-02
NATURALEZA: Cumplimiento
DEMANDANTE: Diego Carmona Llano
DEMANDADO: Municipio de Salamina

Se emite fallo de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que negó por improcedentes sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Disposición legal objeto de pretensiones de cumplimiento

Se depreca el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1551 de 2012 -modificado por la Ley 2086 de 2021-, que señala:

“ARTÍCULO 42. Juntas administradoras locales. En cada una de las Comunas o Corregimientos habrá una Junta Administradora local, integrada por no menos de tres (3) ni más de nueve (9) miembros, elegidos por votación popular para periodos de cuatro (4) años, que deberán coincidir con el periodo del Alcalde y de los Concejos Municipales.

Los municipios, por iniciativa de sus Alcaldes y mediante acuerdo de sus Concejos, establecerán el número de ediles por cada corregimiento o comuna, teniendo en cuenta el número de habitantes.

Los municipios podrán establecer el pago de honorarios a los miembros de las juntas administradoras locales.

Los honorarios se establecerán por iniciativa de sus alcaldes y mediante acuerdo de sus Concejos municipales, hasta por dos (2) Unidades de Valor Tributario (UVT), por asistencia a las sesiones plenarias y a Comisiones, por el máximo de sesiones previsto en esta ley.

PARÁGRAFO 1. La fuente de ingresos de la cual se genera la financiación de los honorarios debe ser de los ingresos corrientes de libre destinación que el distrito o municipio tenga establecidos en su respectivo presupuesto.” (Se subraya).

2. Incumplimiento alegado y solicitud de cumplimiento

El accionante señala en síntesis que, la norma que se aduce incumplida establece la obligación de que los alcaldes presenten el proyecto de acuerdo que permita fijar los

honorarios de los miembros de las Juntas Administradoras Locales (ediles), por lo cual se solicitó al alcalde de Salamina la presentación de dicho proyecto ante el Concejo, sin que se haya obtenido respuesta.

3. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El **municipio de Salamina** señaló que el accionante no acredita ser miembro de una Junta Administradora Local, por lo que en este caso se plantea la materialización de un derecho subjetivo de los cuales sólo el afectado puede exigir su cumplimiento; que, además, el artículo 9 de la ley 393 de 1997 dispuso que la acción de cumplimiento no procede cuando se persigue el cumplimiento de normas que establecen gastos.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo*, al paso de efectuar un análisis general del medio de control de cumplimiento, negó las pretensiones del actor al concluir en síntesis que, no se reúnen los criterios de procedencia que han sido fijados sobre la materia, esto toda vez que la normativa invocada como incumplida no impone una obligación en cabeza de la entidad accionada, sino que el contenido del artículo 42 de la Ley 1551 de 2012, establece una facultad de fijar honorarios para los miembros de las Juntas Administradoras Locales, potestad que los diferentes municipios pueden optar por utilizar o no.

5. Recurso de apelación

La parte actora solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones, arguyendo que contrario a lo dicho por el *a quo*, la norma trae consigo un principio fundamental de rango constitucional como lo es el de la buena fe, el cual es el origen dentro de todo el ordenamiento jurídico de los deberes no solo de los particulares, sino también de los mismos funcionarios del Estado.

Agregó que, si bien este principio reconoce la autonomía territorial dentro de sus posibilidades materiales y su realidad financiera, no es menos cierto que, este es el punto de partida y conformación de la obligación legal del mandatario de presentar un proyecto de acuerdo para la regulación de los honorarios de los ediles, sin que pueda tener sentido alguno que la interpretación de una disposición legal que regula un derecho sea que, este queda al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, pues en estricto sentido, se estaría ante una obligación que se cumpliría atendiendo intereses de momento para el ordenador del gasto.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Se centra en dilucidar: *¿Se reúne los requisitos de procedencia para que se disponga el cumplimiento de la norma aducida como incumplida?*

Para resolver el interrogante planteado se hará referencia a: i) las características del medio de control de cumplimiento, para descender al ii) análisis del caso concreto.

2. Del medio de control de cumplimiento

El medio de control de cumplimiento consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada carga en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, en tal sentido su finalidad es la de exigir el respeto por el ordenamiento jurídico existente.

La Corte Constitucional al respecto ha señalado:

*"el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo"*¹.

La Ley 393 de 1997 que desarrolló la referida acción constitucional señalar:

"ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.

ARTICULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

PARÁGRAFO. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos."

En tal sentido, el Consejo de Estado² ha señalado de forma pacífica una serie de condiciones que deben ser analizadas por el fallador al momento de emitir órdenes dentro de este medio de control, así:

"...Para que la demanda proceda, se requiere:

¹ Sentencia C-157 de 1998.

² Sección Quinta, 24 de septiembre de 2015, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación número: 25000-23-41-000-2015-00974-01 (acu).

- a) *Que la norma legal o acto administrativo contenga un **mandato imperativo e inobjetable** radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que en efecto se establezca que existe la desatención de la norma o acto;*
- b) *Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;*
- c) *Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela...". (Se resalta).*

En este sentido se ha dicho que, las condiciones que debe reunir la ley o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende a través del ejercicio de la acción se contraen a que de su contenido se extraiga un mandato claro e inobjetable, tanto en lo referente a su forma de acatarlo, como en la oportunidad para ello.

Esta línea de intelección se desprende con claridad de lo señalado por el H. Consejo de Estado, al indicar como requisito para la procedencia de la acción de cumplimiento que, **el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera inobjetable y por ende exigible frente a la autoridad de la cual se reclama su efectivo cumplimiento**³.

Adicionalmente ha indicado que, el medio de control no procede cuando el tema de debate se soporta en *derechos inciertos de carácter particular*, en la medida que la acción establecida en el artículo 87 de la Carta Política está institucionalizada para obtener el efectivo cumplimiento de obligaciones contenidas en normas con fuerza de ley o actos administrativos *cuya existencia y exigibilidad sean indudables*. Al respecto ilustró⁴:

"Así pues, ésta Sala de decisión ha manifestado reiterativamente que la acción de cumplimiento no ha sido instituida para discutir derechos inciertos de carácter particular; siendo así, la pretensión del actor no corresponde a la órbita de competencia del juez de cumplimiento, que se contrae a hacer efectivas obligaciones contenidas en normas con fuerza material de ley o en actos administrativos cuya existencia y exigibilidad sean indudables. En tal virtud, tiene que haber certeza del alcance del deber reclamado por el actor a través de la acción de cumplimiento y de que la entidad pública demandada es la responsable de cumplirlo por expresa disposición legal o administrativa." (Se resalta)

3. Análisis sustancial del caso concreto

Encuentra la Sala que el accionante cumplió el requisito de procedibilidad establecido en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, conforme a los escritos que obran en el expediente⁵, en los cuales con fecha mayo 24 de 2023 se solicitó al alcalde de Salamina, la presentación del proyecto de acuerdo que fije los honorarios de los miembros de las juntas administradoras locales de su municipio, en cumplimiento del artículo 42 de la Ley 1551 de 2012. Comunicación frente a la cual la entidad accionada emitió respuesta negativa⁶.

³ Ver sentencia de fecha 9 de mayo de 2012, Sección Quinta, C.P.: Susana Buitrago Valencia, radicación número: 25000-23-24-000-2011-00889-01(ACU).

⁴ Sección Quinta, 19 de octubre de 2006, C.P.: María Nohemí Hernández Pinzón, Exp. 2006-00360-01.

⁵ Exp. Digital, fls. 22-31, archivo: "002DemandaAnexos".

⁶ *Ibidem*, archivo: "005EscritoContestacionDemanda", fls. 17-18.

Con base en el marco jurídico expuesto, es pertinente determinar en primera medida si, la norma invocada por la parte actora, se encuentra incluida la obligación que, en su criterio, ha sido desatendida por la entidad demandada.

Al respecto, el demandante deprecia el cumplimiento del artículo 42 de la Ley 1551 de 2012 -modificado por la Ley 2086 de 2021-, el cual considera ha sido desacatado por la entidad accionada dado que, ha omitido presentar el proyecto de acuerdo a través del cual se fijen los honorarios de los miembros de las juntas administradoras locales del municipio de Salamina.

De la lectura del citado artículo, la Sala observa que, se dispone una facultad en cabeza de la entidad pública demandada, al señalar que esta *“podrá...” “...establecer el pago de honorarios a los miembros de las juntas administradoras locales...”*.

Así las cosas, como se advirtió previamente, la prosperidad de las pretensiones del medio de control de cumplimiento está determinada por la existencia de una obligación expresa en cabeza de la autoridad demandada, con base en la normativa o acto administrativo cuyo cumplimiento se deprecia, sin embargo, la disposición invocada por el demandante no impone un deber inobjetable, sino que establece una facultad de las administraciones municipales de fijar con cargo a sus recursos propios de libre destinación unos honorarios para los miembros de las Juntas Administradoras Locales.

En tal sentido, el presente medio de control no es posible acceder a las pretensiones tendientes a que se ordene desplegar en forma obligatoria por parte de la entidad llamada por pasiva, potestades que la normativa le ha otorgado en forma facultativa, pues se itera, la obligación que puede ser objeto de órdenes de cumplimiento, solo son aquellas que se expresaron en forma *clara, expresa e inobjetable* en la respectiva disposición normativa o de voluntad administrativa y *“en tal virtud, tiene que haber certeza del alcance del deber reclamado por el actor...”*⁷.

Al respecto, cabe destacar por demás que nuestra Constitución Política en su artículo 287 establece como principio de consagración constitucional la autonomía territorial en lo que se refiere a la destinación de los recursos propios de las entidades territoriales, por lo cual precisamente la normativa invocada no impone a los municipios una obligación de remunerar dichos cargos, pues son estos entes territoriales los llamados a determinar según su competencia constitucional si realizan o no dicha erogación con cargo a sus propios recursos, siendo esta una razón más para que no sean de recibo los argumentos propuestos por la parte impugnante.

4. Conclusión

Por las razones expuestas, se concluye que, las pretensiones del demandante deben ser negadas, por cuanto el mandato que se pide cumplir no tiene la característica de imperativo e inobjetable. En consecuencia, se confirmará la decisión recurrida.

En tal sentido, la Sala modificará la decisión de primera instancia que dispuso la improcedencia del presente medio de control, para en su lugar negar las pretensiones formuladas.

⁷ Sección Quinta, 19 de octubre de 2006, C.P.: María Nohemí Hernández Pinzón, Exp. 2006-00360-01.

5. Costas

Advirtiendo que el artículo 21 de la Ley 393 de 1997 señala que el fallo contendrá “*si hubiere lugar, la condena en costas*”, empero en armonía con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), atendiendo al interés público que implica el cumplimiento de las normas con fuerza material de ley no se impondrá condena en costas.

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

FALLA

PRIMERO: Modificar el ordinal primero de la sentencia proferida el 11 de julio de 2023 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, que negó por improcedentes las pretensiones que en ejercicio del medio de control de cumplimiento promovió Diego Carmona Llano contra el municipio de Salamina, el cual quedará así:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones que en ejercicio de la acción de cumplimiento promueve el sr DIEGO CARMONA LLANO en contra del Municipio de Salamina, Caldas.”

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: EJECUTORIADA la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 48 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 133

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00892-00
Demandante:	Diana Janeth Quintero Cardona
Demandada:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Diana Janeth Quintero Cardona contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio del medio de control interpuesto el 14 de diciembre de 2017², se solicitó lo siguiente³:

1. Que se declare la nulidad del Oficio nº S-2017-040586/ARSAN – JEFAT – 3-1 del 3 de octubre de 2017, con el cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales generadas con ocasión de la supuesta existencia de un contrato realidad entre las

¹ En adelante, CPACA.

² Página 3 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 158 y 159 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

partes.

2. Que se declare que entre las partes existió una relación laboral con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Policía Nacional al reconocimiento y pago de salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo, sanciones (sic) y demás emolumentos dejados de percibir hasta cuando la parte actora dejó de laborar en la entidad, así como los que se causaren a futuro.
4. Que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio para efectos de prestaciones sociales.
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del CPACA.
6. Que se ordene el reajuste e indexación del valor de la condena, de conformidad con los artículos 192 a 195 del CPACA.
7. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁴, que en resumen indica la Sala:

1. La señora Diana Janeth Quintero Cardona prestó sus servicios profesionales a la Policía Nacional, específicamente en el área de sanidad del Departamento de Policía de Caldas en la Clínica La Toscana, en calidad de auxiliar de enfermería.
2. La parte demandante se vinculó el 21 de diciembre de 2007 y laboró sin solución de continuidad hasta el 21 de mayo de 2016, según certificado expedido por el Área de Sanidad de la Policía Nacional.
3. En su caso se cumplen los elementos de un contrato de trabajo.
4. La prestación del servicio estaba sujeta a subordinación y dependencia, pues recibía órdenes, rendía informes sobre sus actividades de manera permanente, y tuvo que ceñirse a las instrucciones que le impartían sus superiores.

⁴ Páginas 157 y 158 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

5. La parte actora tenía un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., de lunes a viernes, sin perjuicio de que le asignaran turnos los sábados, domingos y festivos, además de las horas nocturnas que debía cumplir.
6. En la ejecución de las labores no tenía ninguna autonomía o independencia para determinar los horarios de trabajo y para la realización de labores o tareas encomendadas.
7. Quienes impartían las órdenes de trabajo eran los oficiales, suboficiales y civiles con mando.
8. Mediante petición elevada el 22 de septiembre de 2017, la parte actora solicitó el pago de las acreencias laborales que se desprendían de la configuración de una relación laboral.
9. Con Oficio nº S-2017-040586/ARSAN – JEFAT – 3-1 del 3 de octubre de 2017, la solicitud se resolvió de manera negativa.
10. La entidad accionada no pagó prestaciones sociales y demás derechos laborales a que tenía derecho la parte demandante, esto es, primas de servicio, vacaciones y cesantías.
11. Los honorarios devengados a la terminación del contrato ascendían a la suma de \$1'140.135, y eran pagados de manera mensual.
12. A la parte demandante le correspondió asumir de manera exclusiva la carga de aportes a la seguridad social durante todo el tiempo laborado.
13. El contrato fue terminado de manera unilateral por parte de la parte accionante, debido a que la entidad no le pagaba prestaciones sociales.
14. Los superiores hacían cuadros de turnos de hasta 12 horas, tanto diurnos como nocturnos, dominicales y festivos, para controlar los horarios.
15. La prestación del servicio se realizó en forma continua y en caso de requerir ausentarse de su sitio de trabajo, debía solicitar permiso a sus superiores.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁵:

⁵ Páginas 159 y 160 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Constitución Política: artículos 13 y 53; Ley 80 de 1993: artículo 32; Ley 4ª de 1992; Ley 100 de 1993: artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161 y 204; Ley 332 de 1996; Ley 489 de 1998: artículos 110 y 111; Decreto 3135 de 1968: artículo 8; Decreto 1848 de 1968: artículo 51; y Decreto 1045 de 1968: artículo 25.

Aseguró que la entidad demandada vulneró las normas referidas, en tanto la señora Diana Janeth Quintero Cardona estuvo vinculada por más de 9 años a través de contratos de prestación de servicios, pese a que laboró bajo continuada subordinación y dependencia, en forma similar a la de un empleado público, cumpliendo reglamentos, órdenes y directivas, y estando sometida al cumplimiento de horarios.

Sostuvo que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado, ya que para negar el pago de lo adeudado la administración adujo circunstancias de hecho que no concuerdan con la realidad, en tanto las funciones desempeñadas por la parte actora se enmarcan en una verdadera relación laboral.

Manifestó que con ocasión de su vinculación, realizaba labores de atención y cuidado de pacientes en consulta externa, en hospitalización y en consulta prioritaria, sin ningún tipo de autonomía administrativa o disciplinaria frente a la entidad accionada.

Adujo que hubo indebida aplicación del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y abuso de poder, pues se utilizaron las facultades otorgadas para eludir derechos laborales de rango constitucional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término oportuno, la Policía Nacional respondió la demanda⁶ de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, la demandada aclaró lo siguiente:

1. El inicio del contrato de prestación de servicios fue el 1º de diciembre de 2007, y finalizó el 12 de febrero de 2016.
2. Los servicios no se prestaron sin solución de continuidad.
3. Las actividades asignadas a la parte actora fueron cumplidas conforme a lo dispuesto en los contratos de prestación de servicios, bajo coordinación, lo cual no genera dependencia.

⁶ Páginas 181 a 194 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

4. Entre los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes, concurrían funciones relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, conforme lo exige el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y no constituyen *per se*, prueba alguna de la existencia de una relación en condición de subordinación y dependencia continuada, pues en su mayoría obedecen a la finalidad del servicio contratado.
5. No se advierten llamados de atención o comunicaciones semejantes que den cuenta de una real dependencia o subordinación. Tampoco hay pruebas que permitan conocer las condiciones en que se desarrollaron los contratos, tales como el cumplimiento de horario laboral o el acatamiento de órdenes por parte de un superior, y no se establece el período en el que la contratista debió estar al servicio exclusivo de la contratante.
6. Los horarios en que se desarrollaba la labor contratada con la parte demandante eran concertados con ésta, es decir, no eran impuestos.
7. Las labores tenían que ser coordinaciones, pues de ellas depende la integridad y vida de los usuarios del Sistema de Salud de la Policía Nacional.
8. No se constituyó una relación laboral.
9. De conformidad con el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios en ningún caso genera relación laboral ni derecho a prestaciones sociales, razón por cual la entidad no tenía por qué realizar pagos por tal concepto.
10. La parte demandante estaba plenamente enterada de la modalidad de contratación ejercida por la entidad que demanda (contrato de prestación de servicios), tal como se evidencia de los contratos suscritos, en los cuales quedó establecido que conforme al artículo 282 de la Ley 100 de 1993, la contratista debía afiliarse obligatoriamente a una entidad promotora de salud y a un fondo de pensiones, siempre y cuando el plazo del contrato fuera superior a tres meses.

Adujo que los contratos de prestación de servicios se celebran para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, cuando aquellas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, como es el caso de la parte actora, ya que la demanda de atención médica y hospitalaria es tan amplia y

desbordante que no se suple con el personal de planta, lo que hizo necesario la contratación de la accionante.

Manifestó que el contrato de prestación de servicios es una figura legal de contratación estatal que no genera relación laboral ni derecho a prestaciones sociales.

Señaló que cada relación contractual fue debidamente liquidada en forma bilateral, declarándose las partes a paz y salvo por todo concepto, lo que entra en contradicción con la demanda promovida.

TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dado que la entidad accionada no propuso excepciones, no se corrió traslado de excepciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁷

Intervino para señalar que en el trámite del proceso se logró acreditar lo siguiente:

- La parte actora desarrolló labores propias de la entidad, es decir, que sus actividades no pueden ser consideradas ajenas o esporádicas a las que desarrolla la clínica, sino que tenían un carácter permanente, en tanto hacen parte de los servicios esenciales para el correcto funcionamiento de la entidad. Tampoco se trata de labores especializadas que no pudieran cumplirse por las personas vinculadas mediante una relación legal y reglamentaria.
- En la planta de cargos de la clínica hay los empleos de auxiliares de enfermería o de enfermeras, lo que permite afirmar que el procedimiento correcto era el de crear los cargos y proveerlos mediante los mecanismos ordinarios, es decir, mediante la designación en provisionalidad o mediante el concurso de méritos.
- La parte demandante tenía que cumplir un horario de trabajo, lo que demuestra la subordinación laboral.

⁷ Archivo n° 31 del cuaderno 1 del expediente digital.

- La contratista no tenía autonomía en la ejecución de las obligaciones. no puede hablarse de que existiera cooperación entre las partes, pues las funciones estaban ligadas a la prestación del servicio.
- De acuerdo con los cuadros de turnos, a la parte accionante le correspondía laborar jornadas de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., horas nocturnas, y también de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., todos los días, variando solamente los cambios de turnos. Lo anterior demuestra que cumplía un horario, y lo debía hacer en la clínica La Toscana de la Policía, en las diferentes áreas de hospitalización, prioritaria, curaciones, inyectología, traslado de pacientes etc.
- La accionante devengaba un salario mensual.
- La demandante recibía órdenes de sus superiores las enfermeras jefe, los uniformados, los médicos de turno, entre otros.
- Cuando debía ausentarse de su sitio de trabajo, la parte actora debía pedir permiso, ya que no gozaba de autonomía para el desarrollo de sus funciones.

Por lo anterior, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada⁸

Se ratificó en su oposición a las pretensiones, pues aseguró que de las pruebas recopiladas se evidencia que se trató de contratos por prestación de servicios profesionales que en ningún caso generan relación laborales ni derecho al pago de prestaciones sociales. Lo anterior, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda.

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 a este Tribunal el 14 de diciembre de 2017⁹, y allegado el 23 de enero de 2018 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁰.

⁸ Archivo n° 33 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Página 3 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Página 142 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Inadmisión, admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 15 de enero de 2019 se inadmitió la demanda¹¹; que una vez corregida¹² fue admitida con auto del 11 de marzo del mismo año¹³. Luego de practicarse la notificación, la Policía Nacional contestó el libelo oportunamente¹⁴. Al no proponer excepciones, no se corrió traslado de excepciones.

Audiencia inicial. El 2 de septiembre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial¹⁵, la cual se llevó a cabo el 11 de noviembre de 2020¹⁶, que finalizó con decreto de pruebas.

Audiencia de pruebas. El 3 de diciembre de 2020 tuvo lugar la audiencia prevista por el CPACA para el recaudo de las pruebas solicitadas y decretadas¹⁷.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, con auto del 14 de abril de 2021¹⁸ el Magistrado Ponente del proceso ordenó la presentación de alegatos por escrito, para dictar sentencia posteriormente. Durante el término conferido, ambas partes intervinieron¹⁹. El Ministerio Público guardó silencio.

Paso a Despacho para sentencia. El 11 de mayo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²⁰, la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad del acto administrativo expedido por la Policía Nacional con el cual se negó el reconocimiento de prestaciones sociales y otros emolumentos derivados de una supuesta relación laboral entre las partes.

¹¹ Página 145 y 146 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹² Páginas 157 a 162 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³ Páginas 165 a 168 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴ Páginas 181 a 194 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵ Páginas 33 y 34 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶ Archivos n° 07 y 08 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷ Archivos n° 11 y 12 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Archivos n° 31 y 33 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Archivo n° 34 del cuaderno 1 del expediente digital.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes, con el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que hubiere lugar.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la existencia de una auténtica relación laboral –prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y remuneración– entre la señora Diana Janeth Quintero Cardona y la Policía Nacional?*
- *En caso afirmativo, ¿hay lugar a declarar la excepción de prescripción del derecho respecto de los períodos sobre los cuales se declaró la relación laboral entre la señora Diana Janeth Quintero Cardona y la Policía Nacional?*
- *De no darse lo anterior, o darse de forma parcial, ¿le asiste derecho a la parte accionante a obtener el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios; **ii)** desnaturalización del contrato de prestación de servicios: contrato realidad; **iii)** elementos constitutivos de una relación laboral y acreditación en el caso concreto; **iv)** existencia del contrato realidad en el presente asunto; **v)** extremos temporales de la relación laboral; **vi)** prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad; y **vii)** restablecimiento del derecho.

1. Vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, existen tres clases de vinculación al servicio público: **i)** legal y reglamentaria, como la forma predominante de acceso a cargos públicos y dirigida al ingreso de empleados públicos; **ii)** laboral contractual, respecto de los trabajadores oficiales a través de contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo del Trabajo; y **iii)** contractual o de prestación de servicios, regida por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta última forma de vinculación, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta de éstas o requieran conocimientos especializados para ello. La disposición que consagró dicha figura es clara en establecer que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y que deben celebrarse por el término estrictamente indispensable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²¹ ha precisado que dentro de las características principales del contrato de prestación de servicios, se encuentra “(...) la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este (sic) debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual²², y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes²³”.

2. Desnaturalización del contrato de prestación de servicios: contrato realidad o relación laboral encubierta

El contrato de prestación de servicios consagrado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, en la cual señaló sus características y diferencias con el contrato de trabajo, y con ello explicó que dicha figura se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente, pues en esa medida se desnaturaliza el contrato estatal y hace procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo (artículo 53 Superior)²⁴.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

²² Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

²³ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

²⁴ “El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la

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

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

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

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

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

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

(...)

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales

En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁵, el Consejo de Estado señaló que la figura conocida como contrato realidad o, mejor, relación laboral encubierta, se aplica cuando *“(...) se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales*²⁶”.

3. Elementos constitutivos de una relación laboral. Acreditación en el caso concreto

Como se indicó anteriormente, el contrato de prestación de servicios se desfigura y da paso al llamado contrato realidad o relación laboral encubierta cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada de manera continuada; y **iii)** remunerada.

En el evento de demostrarse lo anterior, surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el

por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

(...)

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual “agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo.” (Sentencia C-555/94, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

²⁶ Cita de cita: En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales del caso.

Siguiendo la línea de estudio trazada, este Tribunal analizará si en el presente asunto se configura el contrato realidad o la relación laboral encubierta reclamada, para lo cual abordará cada uno de los elementos constitutivos del mismo, atendiendo las pruebas allegadas al expediente.

3.1 La prestación personal del servicio

En reciente sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021²⁷, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en relación con la prestación personal del servicio: *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;²⁸ 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.²⁹”*.

De la documentación obrante en el expediente, se observa que durante el período comprendido entre el 1º de junio de 2008 y el 12 de enero de 2016, la señora Diana Janeth Quintero Cardona estuvo vinculada a la Policía Nacional de forma casi que continua e ininterrumpida –salvo por unos lapsos, como se verá más adelante–, a través de contratos de prestación de servicios, de la manera que se describe a continuación:

Nº	CONTRATO nº	EXTREMOS TEMPORALES		VALOR
		Inicio	Final	
1	19-7-20.071 de 2008 ³⁰	1º de junio de 2008	31 de mayo de 2009	\$12'144.000
2	19-7.20.129 de 2009 ³¹	13 de julio de 2009	4 de noviembre de 2010	\$16'718.240
3	19-7.20.208 de 2010 ³²	9 de	3 de mayo de	\$5'135.900

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

²⁸ Cita de cita: Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

²⁹ Cita de cita: Al respeto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

³⁰ Páginas 12 a 25, 139 y 212 a 225 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital, y archivo nº 21 ibidem.

³¹ Páginas 12 y 212 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital, y archivo nº 20 ibidem.

³² Páginas 12, 58 a 63, 75 a 83, 139, 212, 258 a 263 y 276 a 284 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del

		diciembre de 2010	2011	
4	19-7-20.086 de 2011 ³³	1º de junio de 2011	30 de mayo de 2012	\$12'751.200
5	19-7-20.067 de 2012 ³⁴	25 de junio de 2012	24 de junio de 2013	\$13'155.408
6	19-7-20.119 de 2013 ³⁵	19 de julio de 2013	18 de abril de 2014	\$9'866.556
7	19-7-20.046 de 2014 ³⁶	2 de mayo de 2014	28 de febrero de 2015	\$11'363.345
8	91-7-20.022 de 2015 ³⁷	13 de marzo de 2015	30 de abril de 2015	\$10'261.215
		1º de junio de 2015	12 de enero de 2016	

El objeto principal de tales contratos fue el de prestar sus servicios profesionales como auxiliar de enfermería, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica La Toscana de Manizales o en el sitio de Caldas que se requiriera, en las condiciones, área y/o servicio que determinara la contratante, de acuerdo con las necesidades de ésta y atendiendo la programación establecida.

Dentro de las obligaciones especiales que la demandante debía cumplir en desarrollo de los citados contratos, se destacan las siguientes:

- a) Realizar las actividades y procedimientos diagnósticos y terapéuticos señalados para el manejo de patologías establecidos dentro del plan integral del subsistema de salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Acuerdo 002 de 2001 y subsiguientes), observando las normas propias de su profesión, actividad u oficio.
- b) Contribuir con el desarrollo del establecimiento de sanidad policial donde preste sus servicios, revisando y mejorando los procesos de atención a fin de ofrecer un servicio eficiente y de calidad a los usuarios.

expediente digital y archivo nº 19 ibidem.

³³ Páginas 12, 45 a 57, 139, 212 y 245 a 257 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y archivo nº 18 ibidem.

³⁴ Páginas 12, 26 a 34, 139, 212 y 226 a 234 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital, y archivo nº 22 ibidem.

³⁵ Páginas 12, 35 a 44, 139, 212 y 235 a 244 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital, y archivo nº 24 ibidem.

³⁶ Páginas 12, 64 a 74, 139, 212 y 264 a 274 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y archivo nº 17 ibidem.

³⁷ Páginas 12, 84 a 101, 139, 212 y 286 a 303 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y archivo nº 16 ibidem.

- c) Colaborar y propender por el cuidado de los recursos de la entidad (físicos, técnicos y económicos), incluida la propiedad intelectual y derechos de autor, y elementos entregados por la Dirección de Sanidad para la debida ejecución de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados y a devolverlos a la institución a la terminación del contrato.
- d) Responsabilizarse de los daños o pérdida que sufran los citados recursos de la entidad, a excepción del deterioro natural por el uso. Los bienes que entregue la entidad para el desarrollo de las tareas objeto del contrato se hará mediante inventario.
- e) Colaborar con los entes de control de la entidad o del Estado cuando así se requiera.
- f) Cumplir las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de la historia clínica de los pacientes.
- g) Ejercer su profesión con moral y ética.
- h) Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones, así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normativa vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de costos y facturación.
- i) Participar en los programas docentes asistenciales que desarrolle la Dirección de Sanidad mediante convenios con centros educativos o de formación (universidades, institutos, EPS, IPS, etc.).
- j) Realizar actividades asistenciales en los servicios contratados y los procedimientos de acuerdo con la competencia según su profesión y los protocolos de la institución, haciendo especial énfasis en lo relacionado con la salud ocupacional.
- k) Hacer parte de los comités académicos, administrativos, de casos especiales, de juntas médico quirúrgicas, estructuradores y de evaluación de las contrataciones administrativas que lleve a cabo la entidad para los cuales sea designado, asumiendo las obligaciones establecidas en el acto de designación, sin perjuicio del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- l) Solicitar en forma genérica los elementos requeridos por los usuarios del subsistema de salud de la Policía Nacional, con base en los cuadros básicos adoptados por la entidad para su compra.
- m) Suministrar los medicamentos de acuerdo con la prescripción médica indicada, teniendo en cuenta que si se trata de un medicamento que no se encuentre en el vademécum vigente, el médico debe solicitar autorización previa al Comité Técnico Científico de Autorización de Medicamentos de la Dirección de Sanidad, para su prescripción en el formato vigente para tal fin.
- n) Rendir los informes que la entidad requiera dentro de los plazos determinados.
- o) Aplicar el conocimiento profesional en las actividades a desarrollar, emitir conceptos que se requieran.
- p) Participar en la definición, estandarización y actualización de los protocolos o instrumentos metodológicos de manejo y atención de pacientes en las áreas de atención, promoción, prevención y rehabilitación con el fin de garantizar la calidad en la prestación de los servicios.
- q) Participar en las brigadas de salud programadas por la entidad en aquellos sitios donde ésta lo requiera.
- r) Participar en el diseño, implantación, ejecución y evaluación de los programas en salud ocupacional, salud operacional, medicina del trabajo, atención, promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación en el ámbito nacional según sus competencias y área de desempeño.
- s) Cumplir las demás funciones señaladas en la Constitución, la ley, los estatutos, las disposiciones que determine la entidad y/o que le sean asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño.
- t) Guardar la confidencialidad de toda la información entregada y que se encuentre bajo su custodia.
- u) Cumplir sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, lo cual constituirá requisito previo para cada uno de los pagos pactados.

- v) Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a los funcionarios de la Policía Nacional, pacientes y demás personas con que tenga relación con ocasión de la prestación del servicio, observando la moral y las buenas costumbres.
- w) Presentar al supervisor, dentro de los 5 días hábiles anteriores a la terminación del contrato, un informe consolidado sobre todas las actividades desarrolladas durante el término de ejecución.
- x) Entregar al supervisor, dentro de los 5 días hábiles anteriores a la terminación del contrato, los bienes inventariados para el desarrollo de las tareas del objeto contractual.
- y) Comprometerse a realizar las actividades propias para las que fue contratada dando cumplimiento a la normativa y a las leyes vigentes de carácter general e interno que guarden relación con el Sistema de Gestión Integral (MECI, Calidad y SISTEDA).
- z) Ingresar de manera oportuna y completa la información de las historias clínicas en el sistema que tenga implementado la entidad.
- aa) Dar atención de enfermería al paciente durante el tratamiento médico quirúrgico y administrar los medicamentos y cuidados al paciente de acuerdo con órdenes médicas y de enfermería.
- bb) Colaborar en la identificación de individuos y grupos de la población expuestos a riesgos de enfermar.
- cc) Informar a individuos y grupos de la comunidad sobre la existencia y utilización de servicios de salud.
- dd) Solicitar a la jefe del servicio los elementos y servicios necesarios para el funcionamiento del servicio, sugiriendo los requeridos para el plan de necesidades.
- ee) Utilizar de manera adecuada los elementos de protección en el desarrollo de sus actividades.
- ff) Mantenerse al día en el esquema de vacunación dado el riesgo biológico de la profesión.
- gg) Cumplir las normas de salud ocupacional.

hh) Cumplir lo previsto por el artículo 16 del Decreto 723 de 2013.

ii) Las demás obligaciones contenidas en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser *intuitu personae*, así como con los correspondientes informes de seguimiento que reposan en el expediente que se referirán en detalle más adelante, y atendiendo los testimonios recaudados en el trámite de este proceso³⁸, se encuentra acreditado que la parte demandante prestó de manera personal y directa sus servicios como auxiliar de enfermería para la Policía Nacional en los períodos indicados anteriormente, sin que tuviera la facultad para delegar en terceros el cumplimiento de las actividades referidas, tal como se consignó en cada contrato.

3.2 Continuada subordinación o dependencia

En sentencia del 4 de febrero de 2016³⁹, el Consejo de Estado precisó que la subordinación o dependencia es la situación entendida como “(...) *aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo*”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴⁰, el Consejo de Estado señaló una serie de situaciones indicativas de la existencia de subordinación o dependencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, tales como: lugar de trabajo, horario de labores, dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, y actividades o tareas a desarrollar que correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

De conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, esta Sala de Decisión considera que en el presente asunto el aludido elemento fue demostrado, según pasa a indicarse.

³⁸ Ver declaración de los señores Lucía Yamiled Betancourt Velásquez (minuto 4:01 a 34:45 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital), Alberto Ospina Quintero (minuto 36:35 a 1:15:47 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital) y Melva Agudelo Valencia (minuto 1:17:00 a 1:49:18 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

a) Permanencia de las funciones objeto del contrato

El artículo 218 de la Constitución Política establece que la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó expresamente a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del Sistema Integral de Seguridad Social.

A través de la Ley 352 de 1997 se reestructuró el Sistema de Salud y se dictaron otras disposiciones en materia de seguridad social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

El artículo 1º de la citada norma señaló que el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional está constituido, entre otros, por el Subsistema de Salud de la Policía Nacional, los afiliados y los beneficiarios de tal sistema. Precisó que el Subsistema de Salud de la Policía Nacional lo constituyen la Policía Nacional y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

La ley mencionada refirió que el objeto del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional es prestar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y de sus beneficiarios, así como el servicio de sanidad inherentes a las operaciones militares y policiales (artículo 2).

Conforme al artículo 3 de la Ley 352 de 1997, la sanidad se define como un servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios.

Dentro de las funciones de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional se encuentra la relativa a *“Prestar los servicios de salud a través de las unidades del subsistema o mediante la contratación con instituciones prestadoras de servicios de salud o profesionales habilitados”*.

De lo anterior se desprende que la Policía Nacional a través de la Dirección de Sanidad tiene la función de brindar a sus afiliados y a los beneficiarios de éstos, la atención en salud que requieran; actividad para

la cual necesita justamente contar con los profesionales que correspondan.

Así pues, la labor que desempeñen las auxiliares de enfermería en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional es una función permanente y obligatoria de la entidad, lo que impide a su vez afirmar que las actividades prestadas en esa área son temporales o transitorias.

En ese sentido, se colige que para el cumplimiento de la función médico asistencial que debe prestar la Policía Nacional a sus afiliados y beneficiarios de éstos, se requiere necesariamente no sólo un médico sino también las auxiliares de enfermería, lo que significa que la labor desarrollada por la accionante tenía características propias de un empleo de carácter permanente, que exigía una ejecución continua y era primordial para el funcionamiento de la institución.

De otra parte, se recuerda que conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, uno de los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios es su temporalidad, pues la norma citada dispone que aquellos se celebran por el término estrictamente indispensable.

La circunstancia de celebrar contratos de prestación de servicios para realizar labores de carácter permanente contraría la naturaleza propia de aquellos así como la razón para la cual fueron concebidos en la Ley 80 de 1993, y permitiría inferir que esta modalidad de contratación fue utilizada para disfrazar una relación laboral y eximirse del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores.

Lo anterior, por cuanto, como lo prevé la parte final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968⁴¹, “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Esta prohibición fue replicada por el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973⁴² y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008⁴³ que modificó y adicionó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968.

⁴¹ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

⁴² “Artículo 7º.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”.

⁴³ “ARTICULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El inciso final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en la que precisó que la permanencia en un contrato de prestación de servicios es un elemento más que indica la existencia de una relación laboral⁴⁴, y adicionalmente expuso los criterios que permiten diferenciar una relación laboral de una por prestación de servicios:

*La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, **si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública**, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, **será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral**; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: **si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral**; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo*

El artículo 2. quedará así:

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

⁴⁴ “La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. (Negrilla fuera de texto).

Esta Sala de Decisión considera que los elementos probatorios recaudados en este proceso permiten afirmar que las funciones desempeñadas por la parte accionante acorde con los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, aluden a una función inherente, permanente y obligatoria de la entidad demandada. Luego entonces, las actividades desarrolladas en tal sentido no fueron de carácter temporal, transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por lo contrario, tuvieron vocación de permanencia, pues no obstante que hubo algunas interrupciones entre los acuerdos de voluntades como se analizará más adelante, la vinculación se prolongó por más de 7 años.

Al tratarse de un cargo de vital importancia para la correcta prestación del servicio médico que brinda la entidad, es claro que lo que le correspondía hacer a la Policía Nacional era crear para la planta de personal de la entidad, el cargo o los cargos de auxiliares de enfermería requeridos que permitieran atender debidamente el objeto del servicio médico asistencial que presta, y no acudir a la figura ficticia de contratos de prestación de servicios.

b) Sede del objeto contractual

Se encuentra acreditado en el expediente que la señora Diana Janeth Quintero Cardona debía cumplir sus labores como auxiliar de enfermería en la sede de la Clínica La Toscana de la Policía Nacional o en la que la entidad requiriera, pues no sólo quedó consignado así en cada contrato de prestación de servicios sino que además la ejecución de sus funciones en dicha calidad así lo requería.

Tal como se extrae de los acuerdos de voluntades suscritos y de los testimonios recaudados en el trámite de este proceso⁴⁵, la función

⁴⁵ Ver declaración de los señores Lucía Yamiled Betancourt Velásquez (minuto 4:01 a 34:45 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital), Alberto Ospina Quintero (minuto 36:35 a 1:15:47 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital) y Melva Agudelo Valencia (minuto 1:17:00 a 1:49:18 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

desempeñada por la actora como auxiliar de enfermería debía realizarse en los servicios de hospitalización, urgencias, consulta externa y en otras actividades programadas como las brigadas de salud o las remisiones a otros centros hospitalarios; todo lo cual implicaba necesariamente su presencia en las instalaciones hospitalarias de la entidad.

c) Obligatoriedad de portar elementos distintivos acordes con la imagen corporativa de la entidad

Teniendo en cuenta las funciones a desarrollar por la señora Diana Janeth Quintero Cardona, esto es, las de auxiliar de enfermería, este Tribunal considera que su presentación personal debía guardar consonancia con la imagen corporativa de la clínica La Toscana de la Policía Nacional y con los distintivos propios de su cargo. Adicionalmente, una de las obligaciones especiales de los contratos era la de portar los elementos de protección necesarios en la actividad desarrollada.

Así lo manifestaron igualmente los testigos que rindieron declaración en el proceso⁴⁶, quienes además precisaron que era la misma entidad quien suministraba la dotación de uniformes y escarapelas.

d) Uso de elementos institucionales

De igual forma se demostró en el trámite de este proceso que la señora Diana Janeth Quintero Cardona debía cumplir sus labores como auxiliar de enfermería no sólo portando los elementos característicos y necesarios, sino también haciendo uso de todos los equipos, instrumental e insumos proporcionados por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

Así quedó consignado en cada contrato de prestación de servicios y además, al prestar sus servicios en la sede dispuesta por la entidad demandada para ello, es apenas lógico que hiciera uso de los medios establecidos por la entidad para la atención médico asistencial brindada en la institución.

Del uso de tales elementos dieron cuenta así mismos los declarantes en este proceso⁴⁷.

⁴⁶ Ver declaración de los señores Lucía Yamiled Betancourt Velásquez (minuto 4:01 a 34:45 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital), Alberto Ospina Quintero (minuto 36:35 a 1:15:47 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital) y Melva Agudelo Valencia (minuto 1:17:00 a 1:49:18 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

⁴⁷ Ver declaración de los señores Lucía Yamiled Betancourt Velásquez (minuto 4:01 a 34:45 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital), Alberto Ospina Quintero (minuto 36:35 a 1:15:47 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital) y Melva Agudelo Valencia (minuto

e) Fijación y cumplimiento de horario

Tal como se deduce de las obligaciones especiales asignadas en los contratos, en concordancia con la prueba testimonial y la demás documentación aportada al proceso, la Sala de Decisión advierte que la señora Diana Janeth Quintero Cardona debía cumplir un horario, de acuerdo con la agenda que previamente la entidad fijaba atendiendo la demanda de pacientes.

En el expediente obran varios cuadros de turnos que la enfermera jefe del área de sanidad elaboraba para el personal de enfermería, entre el cual se encontraba la accionante, en relación con la programación realizada para cada mes⁴⁸.

Reposa en el proceso la siguiente documentación que da cuenta de la obligatoriedad en el cumplimiento del horario fijado por la entidad:

- Con Oficio n° S-2015/ARSAN – GASIS – 29 del 27 de marzo de 2015⁴⁹, la líder de enfermería jefe de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional llamó la atención a la accionante por ausentarse los turnos programados con antelación, requiriéndola para que se adhiriera a las instrucciones dadas desde la jefatura de enfermería.
- Mediante Oficio n° S-2015/ARSAN – JEFAT – 29 del 16 de diciembre de 2015⁵⁰, se advierte que la demandante respondió a la líder de enfermería jefe de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional sobre el llamado de atención, indicándole que por acoso laboral de uno de los médicos de la entidad, decidió retirarse de sus actividades para que aquel diera cumplimiento a sus funciones.

1:17:00 a 1:49:18 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

⁴⁸ Al respecto, pueden consultarse los cuadros de turnos previstos para los meses de: marzo y junio de 2010 (páginas 103 y 102, respectivamente, del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital); mayo, agosto, septiembre, octubre y diciembre de 2011 (páginas 107, 108, 106, 105 y 104, respectivamente, ibidem); abril, septiembre y octubre de 2012 (páginas 109, 113, 111 y 112, respectivamente, del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital); enero, febrero, abril, mayo y octubre de 2013 (páginas 117, 114, 115 y 122, 116 y 118, 119 y 124, respectivamente, ibidem); marzo de 2014 (páginas 120 y 125 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital); y enero de 2016 (página 126 ibidem).

⁴⁹ Página 128 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁰ Páginas 128 y 132 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Adicionalmente, los testigos que rindieron declaración en este asunto⁵¹ y que laboraron también para la entidad en la época que lo hizo la accionante, manifestaron de manera uniforme sobre este tema, lo siguiente:

- La coordinadora de las enfermeras realizaba los cuadros de turnos mensuales teniendo en cuenta el personal de que disponía, previo aval del director de la clínica.
- Dichos turnos eran socializados con las respectivas enfermeras jefe y con las auxiliares de enfermería.
- Los turnos eran de 12 horas, divididos en diurnos (de 7:00 a.m. a 7:00 p.m.) o nocturnos (de 7:00 p.m. a 7:00 a.m.), incluyendo sábados, domingos y festivos.
- Con los turnos se abarcaban los diferentes servicios de hospitalización, urgencias, consulta externa y otras actividades programadas como las brigadas de salud o las remisiones a otros centros hospitalarios.
- Las jefes de enfermería de cada uno de los servicios de la clínica controlaban el cumplimiento de los horarios. Así también lo hacía la coordinadora de las enfermeras, los supervisores de los contratos, el director de la clínica e incluso personal uniformado, quienes estaban pendientes de que en el cambio de turno estuviera el personal completo.
- Al existir una hora específica para entregar y recibir turno, las auxiliares de enfermería debían llegar mucho antes de las 7:00 a.m. o de las 7:00 p.m., dependiendo del turno que tuvieran asignado.
- El horario casi siempre se prolonga porque la entrega de turno es muy larga, y si faltaban actividades por hacer, la contratista debía hacerlas antes de irse.

De lo expuesto considera este Tribunal que la señora Diana Janeth Quintero Cardona sí debía cumplir sus labores como auxiliar de enfermería dentro de un horario determinado cada mes, impuesto de

⁵¹ Ver declaración de los señores Lucía Yamiled Betancourt Velásquez (minuto 4:01 a 34:45 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital), Alberto Ospina Quintero (minuto 36:35 a 1:15:47 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital) y Melva Agudelo Valencia (minuto 1:17:00 a 1:49:18 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

manera unilateral por la contratante de acuerdo con las necesidades propias de la institución hospitalaria y, en tal sentido, no contaba con la autonomía propia para manejar su tiempo como profesional.

f) Sujeción a reglamentos, órdenes e instrucciones

Está demostrado en el proceso que las labores desarrolladas por la demandante en ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada estaban sujetas a constante supervisión y correspondían más que a una relación de coordinación entre los contratantes, a verdadera subordinación, como quiera que:

- Para el caso de las auxiliares de enfermería existía un orden jerárquico que iniciaba con las enfermeras jefe de cada servicio, la coordinadora o líder de las enfermeras, el supervisor del contrato y el director de la clínica.
- Quienes hacían parte de dicha jerarquía impartían instrucciones y daban órdenes.
- El horario laboral era impuesto mensualmente y existía control del cumplimiento del mismo.

De hecho, tal como se puede ver en Oficio n° S-2016/ARSAN – GRUAD – 29 del 8 de febrero de 2016⁵², se le llamó la atención a la accionante por ausentarse los turnos programados con antelación, requiriéndola para que se adhiriera a las instrucciones dadas desde la jefatura de enfermería.

- Para ausentarse del servicio, la actora necesitaba permiso y tenía que solicitarlo de manera escrita no sólo a las enfermeras jefes de cada servicio sino a la coordinadora o líder de enfermería e incluso al mismo director de la clínica cuando la escasez de personal así lo exigía.
- La accionante estaba obligada a dar cumplimiento a los protocolos médico asistenciales previstos por la entidad.
- La actora debía someterse a las instrucciones y parámetros dados por la institución, al punto que, según se observa en Oficio n° S-2015/ARSAN – GASIS – 29 del 29 de abril de 2015⁵³, la líder de

⁵² Página 128 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵³ Página 127 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

enfermería de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no aceptó la solicitud elevada por la demandante para la terminación del contrato por problemas de salud, recomendándole suspenderlo temporalmente.

- Era obligatoria la presentación de informes mensuales de actividades, de los cuales obra prueba en el expediente⁵⁴.
- La asistencia a capacitaciones era también de carácter obligatorio.
- La demandante tenía que participar activamente en: **i)** los programas docentes asistenciales que desarrollara la Dirección de Sanidad mediante convenios con centros educativos o de formación (universidades, institutos, EPS, IPS, etc.); **ii)** los comités académicos, administrativos, de casos especiales, de juntas médico quirúrgicas, estructuradores y de evaluación de las contrataciones administrativas; **iii)** la definición, estandarización y actualización de los protocolos o instrumentos metodológicos de manejo y atención de pacientes en las áreas de atención, promoción, prevención y rehabilitación con el fin de garantizar la calidad en la prestación de los servicios; **v)** las brigadas de salud programadas por la entidad en aquellos sitios donde ésta lo requiriera; y **v)** el diseño, implantación, ejecución y evaluación de los programas en salud ocupacional, salud operacional, medicina del trabajo, atención, promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación en el ámbito nacional según sus competencias y área de desempeño.

⁵⁴ Al respecto, obran en el expediente los siguientes informes mensuales de actividades:

Nº	CONTRATO nº	UBICACIÓN EXPEDIENTE
1	19-7-20.071 de 2008	Página 35 del archivo nº 21 del cuaderno 1 del expediente digital
2	19-7.20.129 de 2009	Páginas 34, 35, 66 y 67 del archivo nº 20 del cuaderno 1 del expediente digital
3	19-7.20.208 de 2010	
4	19-7-20.086 de 2011	Páginas 5, 13, 40, 41, 49, 50, 57, 58, 68, 75, 76, 91, 101, 102 del archivo nº 18 del cuaderno 1 del expediente digital
5	19-7-20.067 de 2012	Páginas 1, 9, 20, 32, 44, 56, 67, 80, 90, 102, 114, 115, 125, 134, 135 y 146 del archivo nº 22 del cuaderno 1 del expediente digital, y página 1 del archivo nº 23 ibidem
6	19-7-20.119 de 2013	Páginas 3, 4, 9, 21, 28, 38, 46, 55, 64, 72, 79 y 86 del archivo nº 24 del cuaderno 1 del expediente digital
7	19-7-20.046 de 2014	Páginas 6, 7, 14, 24, 32, 40, 48, 64, 72, 80 del archivo nº 17 del cuaderno 1 del expediente digital
8	91-7-20.022 de 2015	Páginas 7, 16, 25, 33, 34, 44, 53, 54, 63, 64, 72, 73, 81, 82, 92, 93 del archivo nº 16 del cuaderno 1 del expediente digital

- Además de realizar las actividades propias de su profesión, la accionante tenía que: **i)** contribuir con el desarrollo del establecimiento de sanidad policial, revisando y mejorando los procesos de atención a fin de ofrecer un servicio eficiente y de calidad a los usuarios; **ii)** colaborar y propender por el cuidado de los recursos de la entidad (físicos, técnicos y económicos); **iii)** responsabilizarse de los daños o pérdida que sufran los citados recursos de la entidad, a excepción del deterioro natural por el uso; y **iv)** llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones, así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normativa vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de costos y facturación.

g) Prestación exclusiva de servicios con la entidad

Ninguno de los elementos materiales probatorios allegados al proceso permite afirmar que durante el término de vinculación con la Policía Nacional, la señora Diana Janeth Quintero Cardona suscribió contrato de prestación de servicios alguno con otra institución. Y de así haberlo hecho, tal circunstancia, en criterio de este Tribunal, no desdibuja la prestación exclusiva que tenía con la demandada, pues es evidente que hubiera sido en momentos para los cuales no estuviese laborando en la entidad accionada.

h) Falta de autonomía e independencia

Para la Sala es claro que por su naturaleza, las atribuciones de quien se desempeña como auxiliar de enfermería no tienen el alcance de determinar las condiciones bajo las cuales dicha labor debe ser desempeñada, lo que desvirtúa desde todo punto de vista el factor autonomía e independencia que se predica de una relación de prestación de servicios como la que en apariencia se constituyó entre las partes en el *sub lite*.

En efecto, en el presente caso se demostró que la actividad contractual no era ejercida de manera autónoma e independiente, pues la demandante debía: **i)** cumplir la programación establecida, lo cual implica la sujeción a un horario de trabajo en los turnos previamente fijados por la Policía Nacional según las necesidades del servicio; **ii)** no se encontraba en posibilidad de suscribir contrato de prestación de servicios con otra institución, pues al tener que cubrir el servicio asistencial que brindaba la

entidad cada mes en unos turnos ya definidos, necesariamente hubiera tenido que pactar horarios en los días que se tenían como descanso; **iii)** no hacía uso de equipos propios para la ejecución de sus labores sino de los suministrados por la entidad; **iv)** no podía ejecutar las actividades contratadas en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su preferencia, pues como se vio, había turnos fijos cada mes; **v)** sus actividades estaban sometidas a las directrices de sus superiores; y **vi)** no podía ausentarse del lugar de trabajo a menos que solicitara el permiso correspondiente.

De todo lo anterior se concluye que se encuentra acreditada la subordinación de la señora Diana Janeth Quintero Cardona como segundo elemento de la relación laboral predicada respecto de la Policía Nacional.

3.3 Retribución

Sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁵⁵ ya citada: *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”*.

Según consta en los contratos allegados y referidos anteriormente, las partes pactaron como contraprestación por los servicios prestados por la demandante, un pago en mensualidades vencidas o su equivalente por fracciones de mes, según el caso, previa certificación expedida por el encargado de la supervisión del contrato sobre el cumplimiento de las obligaciones, y siempre y cuando acreditara oportuna y debidamente encontrarse al día en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Al expediente fueron aportados algunos informes de seguimiento correspondientes a los contratos suscritos⁵⁶, los cuales dan cuenta de los

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

⁵⁶ Se allegaron los siguientes informes de seguimiento:

Nº	CONTRATO nº	UBICACIÓN EXPEDIENTE
1	19-7-20.071 de 2008	Páginas 3, 6, 9, 12, 15, 17, 19, 26, 27, 29, 30 y 32 del archivo nº 21 del cuaderno 1 del expediente digital

valores autorizados a pagar con ocasión de las actividades efectuadas por la parte accionante, que además concuerdan con la demás documentación relacionada⁵⁷ y con las declaraciones recibidas en este proceso⁵⁸. Todo lo

2	19-7.20.129 de 2009	Páginas 32, 38, 40, 47, 52 y 65 del archivo nº 20 del cuaderno 1 del expediente digital
3	19-7.20.208 de 2010	Páginas 3, 4, 8, 9, 10, 14 a 18, 20 a 22, 24, 25, 28, 29, 31 del archivo nº 19 del cuaderno 1 del expediente digital
4	19-7-20.086 de 2011	Páginas 3, 7, 8, 11, 15, 16, 26, 27, 30, 34, 35, 38, 43, 44, 47, 51, 52, 55, 60, 73, 89, 93, 94, 97, 103, 104 del archivo nº 18 del cuaderno 1 del expediente digital
5	19-7-20.067 de 2012	Páginas 5 a 8, 16 a 18, 28 a 31, 40 a 43, 52 a 55, 63 a 66, 76 a 79, 88, 89, 97, 98, 100, 101, 109, 110, 113, 117, 119, 124, 129, 130, 133, 140 a 143 y 145 del archivo nº 22 del cuaderno 1 del expediente digital
6	19-7-20.119 de 2013	Páginas 5, 6, 8, 15, 16, 18, 22, 23, 26, 27, 34, 35, 37, 42 a 45, 52 a 55, 60 a 63, 65, 66, 70, 71, 76 a 78 y 83 a 85 del archivo nº 24 del cuaderno 1 del expediente digital
7	19-7-20.046 de 2014	Páginas 2, 3, 5, 10, 11, 13, 20, 21, 23, 28, 29, 31, 36, 37, 39, 44, 45, 47, 52, 53, 60, 61, 63, 71, 76, 77, 79 del archivo nº 17 del cuaderno 1 del expediente digital
8	91-7-20.022 de 2015	Páginas 3, 4, 6, 12 a 14, 21, 22, 24, 29, 30, 32, 40, 41, 43, 49, 50, 52, 60, 62, 69, 71, 78, 80, 87, 88, 90, 101 y 102 del archivo nº 16 del cuaderno 1 del expediente digital

57

Nº	CONTRATO nº	UBICACIÓN EXPEDIENTE
1	19-7-20.071 de 2008	Páginas 13 a 16 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 3 a 34 del archivo nº 21 ibidem
2	19-7.20.129 de 2009	Páginas 5, 7, 9, 11, 13, 20 a 22, 24, 28, 30 a 33, 37 a 43, 46, 47, 49, 52, 53, 55, 57, 59 y 61 a 65 del archivo nº 20 del cuaderno 1 del expediente digital
3	19-7.20.208 de 2010	Páginas 3 a 11, 13 a 25, 27 a 29, 31 y 32 del archivo nº 19 del cuaderno 1 del expediente digital
4	19-7-20.086 de 2011	Páginas 3, 4, 6 a 12, 14 a 17, 20 a 23, 26 a 28, 30, 31, 34 a 38, 39, 42 a 47, 48, 51 a 56, 61, 66, 71 a 74, 80, 82, 87 a 90, 92 a 97, 98 a 100 y 103 a 107 del archivo nº 18 del cuaderno 1 del expediente digital
5	19-7-20.067 de 2012	Páginas 4 a 8, 10 a 19, 21 a 31, 33 a 43, 45 a 55, 57 a 66, 68 a 79, 81 a 89, 91 a 101, 103 a 112, 116 a 124, 126 a 133 y 136 a 145 del archivo nº 22 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 2 a 5 del archivo nº 23 ibidem
6	19-7-20.119 de 2013	Páginas 5 a 8, 10 a 20, 22 a 27, 29 a 37, 39 a 45, 47 a 52, 57 a 63, 65 a 71, 73 a 78, 80 a 85 y 87 a 89 del archivo nº 24 del cuaderno 1 del expediente digital
7	19-7-20.046 de 2014	Páginas 2 a 5, 8 a 13, 15 a 23, 25 a 31, 33 a 39, 41 a 47, 49 a 55, 58 a 63, 65 a 67, 70, 71, 73 a 79, 81 a 83 del archivo nº 17 del cuaderno 1 del expediente digital
8	91-7-20.022 de 2015	Páginas 84 a 89 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 3 a 6, 8 a 15, 17 a 24, 26 a 32, 35 a 43, 45 a 52, 55 a 62, 65 a 71, 74 a 80, 83 a 90 y 95 a 102 del archivo nº 16 ibidem

58 Ver declaración de los señores Lucía Yamiled Betancourt Velásquez (minuto 4:01 a 34:45 del

anterior acredita la realización de los pagos mensuales acordados.

4. Existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto

En el contexto referido y conforme con las reglas de la experiencia, esta Sala de Decisión considera que en el caso concreto se demostraron los elementos propios de una relación laboral entre la parte demandante y la Policía Nacional, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Al entenderse que los contratos de prestación de servicios encubrieron una relación de carácter laboral entre demandante y demandada, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia de un contrato realidad sobre dichos contratos.

5. Extremos temporales por los cuales se reconocerá relación laboral

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, se observa que la señora Diana Janeth Quintero Cardona se desempeñó como auxiliar de enfermería en la clínica La Toscana de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional en los períodos que se indican a continuación y por los cuales se reconocerá la existencia de la relación laboral:

- Del 1º de junio de 2008 al 31 de mayo de 2009
- Del 13 de julio de 2009 al 4 de noviembre de 2010
- Del 9 de diciembre de 2010 al 3 de mayo de 2011
- Del 1º de junio de 2011 al 30 de mayo de 2012
- Del 25 de junio de 2012 al 24 de junio de 2013
- Del 19 de julio de 2013 al 18 de abril de 2014
- Del 2 de mayo de 2014 al 28 de febrero de 2015
- Del 13 de marzo de 2015 al 30 de abril de 2015
- Del 1º de junio de 2015 al 12 de enero de 2016

6. La prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad

En sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 nº 5 del 25 de agosto de

archivo nº 12 del cuaderno 1 del expediente digital), Alberto Ospina Quintero (minuto 36:35 a 1:15:47 del archivo nº 12 del cuaderno 1 del expediente digital) y Melva Agudelo Valencia (minuto 1:17:00 a 1:49:18 del archivo nº 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

2016⁵⁹, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que, “(...) si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador”.

En la misma providencia referida, el Alto Tribunal precisó que “(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”.

Según quedó consignado igualmente en el fallo de unificación, el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho no se aplica frente a los aportes para pensión, “(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. // (...) en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁶⁰ tantas veces aquí referida, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de establecer un período de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término para que no se presente solución de continuidad, sin perjuicio de que se flexibilice en algunos casos en atención a las especiales circunstancias que el Juez encuentre probadas

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

dentro del expediente.

Siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas para el caso objeto de estudio, pasa la Sala a determinar si en el presente asunto hubo prescripción, para lo cual se analizará previamente si la vinculación tuvo interrupciones en el tiempo superiores a 30 días hábiles, así:

PERÍODOS DE VINCULACIÓN			
Nº	CONTRATO nº	INICIO	FINAL
1	19-7-20.071 de 2008	1º de junio de 2008	31 de mayo de 2009
INTERRUPCIÓN: 28 días hábiles (del 1º de junio al 12 de julio de 2009) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
2	19-7.20.129 de 2009	13 de julio de 2009	4 de noviembre de 2010
INTERRUPCIÓN: 22 días hábiles (del 5 de noviembre al 8 de diciembre de 2010) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
3	19-7.20.208 de 2010	9 de diciembre de 2010	3 de mayo de 2011
INTERRUPCIÓN: 20 días hábiles (del 4 al 31 de mayo de 2011) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
4	19-7-20.086 de 2011	1º de junio de 2011	30 de mayo de 2012
INTERRUPCIÓN: 15 días hábiles (del 31 de mayo al 24 de junio de 2012) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
5	19-7-20.067 de 2012	25 de junio de 2012	24 de junio de 2013
INTERRUPCIÓN: 17 días hábiles (del 25 de junio al 18 de julio de 2013) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
6	19-7-20.119 de 2013	19 de julio de 2013	18 de abril de 2014
INTERRUPCIÓN: 8 días hábiles (del 19 de abril al 1º de mayo de 2014) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
7	19-7-20.046 de 2014	2 de mayo de 2014	28 de febrero de 2015
INTERRUPCIÓN: 9 días hábiles (del 1º al 12 de marzo de 2015) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
8	91-7-20.022 de 2015	13 de marzo de 2015	30 de abril de 2015
INTERRUPCIÓN: 19 días hábiles (del 1º al 31 de mayo de 2015) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
8	91-7-20.022 de 2015	1º de junio de 2015	12 de enero de 2016

Siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas para el caso objeto de estudio, se advierte que al tratarse de una vinculación que no tuvo interrupciones en el tiempo de servicio, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización del

último contrato, esto es, del 12 de enero de 2016.

Al haber sido presentada la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales ante la entidad demandada el 22 de septiembre de 2017⁶¹, se observa que no se configuró el fenómeno procesal de la prescripción extintiva.

7. Restablecimiento del derecho

Tal como se indicó, para este Tribunal, según las reglas de la experiencia y de conformidad con el material probatorio allegado al expediente y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por la demandante, existió una relación laboral entre la señora Diana Janeth Quintero Cardona y la Policía Nacional, aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios.

En ese entendimiento, es procedente declarar la nulidad del acto administrativo atacado y, en consecuencia, declarar la existencia de un contrato realidad entre las partes por los períodos comprendidos entre el 1º de junio de 2008 y el 31 de mayo de 2009, el 13 de julio de 2009 y el 4 de noviembre de 2010, el 9 de diciembre de 2010 y el 3 de mayo de 2011, el 1º de junio de 2011 y el 30 de mayo de 2012, el 25 de junio de 2012 y el 24 de junio de 2013, el 19 de julio de 2013 y el 18 de abril de 2014, el 2 de mayo de 2014 y el 28 de febrero de 2015, el 13 de marzo de 2015 y el 30 de abril de 2015 y el 1º de junio de 2015 y el 12 de enero de 2016.

En ese orden de ideas, como parte del restablecimiento del derecho se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta de la Policía Nacional de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

De otra parte, como los aportes a pensiones son imprescriptibles, según los razonamientos expuestos anteriormente, se declarará que el tiempo laborado por la señora Diana Janeth Quintero Cardona como auxiliar de enfermería al servicio de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

⁶¹ Páginas 133 y 134 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

En ese sentido, la entidad accionada deberá tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional de la demandante (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En providencia del 9 de septiembre de 2021⁶², el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en relación con la devolución de pagos en salud, en el sentido de establecer que ésta es improcedente, pues se trata de valores que se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

En efecto, sobre el particular, sostuvo el Consejo de Estado que:

4.5. Tercer problema jurídico: ¿Resulta procedente la devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por la demandante en exceso?

235. La tesis de la Sala será la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.

*236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal,⁶³ **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda la actora ejercer».⁶⁴ Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está*

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

⁶³ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶⁴ Cita de cita: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

obligado a hacerlo por la ley⁶⁵, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».⁶⁶

237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.

238. En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud, que por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario. (Negrilla es del texto).

En ese sentido, no se condenará a la Policía Nacional a pagar a favor de la accionante los porcentajes de cotización a salud que como empleador debió trasladar a los fondos correspondientes dentro del período de contratación irregular por el cual se reconoce el restablecimiento del derecho.

Las sumas que deba cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula, en donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el número 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 para la fecha de causación de la prestación:

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

Por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

⁶⁵ Cita de cita: Situación que también cambia y amerita mención especial con la entrada en vigor del Decreto 1273 de 2018 « Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo».

⁶⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Radicado: 20130026001; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas, este Tribunal considera necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado⁶⁷, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁶⁸ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP⁶⁹, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁶⁸ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁶⁹ Cita de cita: "[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]"

pagados por dicha parte a su abogado⁷⁰ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁷¹.

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷² se señaló que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación⁷³, 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 CGP⁷⁴,*

⁷⁰ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁷¹ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

⁷² 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).

⁷³ 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).

⁷⁴ Cita de cita: “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán

previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto y siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, se observa que los gastos o expensas en los que incurrió la parte demandante con ocasión de este proceso sí se encuentran acreditados en el expediente⁷⁵, razón por la cual 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 la totalidad de las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo presentó la demanda sino que también asistió a las audiencias inicial y de pruebas 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 de la Policía Nacional, el 4% de la cuantía estimada en este proceso. Lo anterior, toda vez que se trata de un proceso declarativo de menor cuantía⁷⁶ proferido en primera instancia.

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:(...)”

⁷⁵ Páginas 173, 174 y 176 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁶ En los términos del artículo 25 del Código General del Proceso (CGP).

Según lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso (CGP)⁷⁷, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE la nulidad del Oficio n° S-2017-040586/ARSAN – JEFAT – 3-1 del 3 de octubre de 2017, expedido por el jefe del Área de Sanidad del Departamento de Policía de Caldas y con el cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por la parte actora con ocasión de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes.

Segundo. DECLÁRASE la existencia de un contrato realidad o relación laboral encubierta entre la señora Diana Janeth Quintero Cardona y la Policía Nacional, por la duración de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como auxiliar de enfermería de dicha entidad, esto, es, por los períodos comprendidos entre el 1° de junio de 2008 y el 31 de mayo de 2009, el 13 de julio de 2009 y el 4 de noviembre de 2010, el 9 de diciembre de 2010 y el 3 de mayo de 2011, el 1° de junio de 2011 y el 30 de mayo de 2012, el 25 de junio de 2012 y el 24 de junio de 2013, el 19 de julio de 2013 y el 18 de abril de 2014, el 2 de mayo de 2014 y el 28 de febrero de 2015, el 13 de marzo de 2015 y el 30 de abril de 2015 y el 1° de junio de 2015 y el 12 de enero de 2016.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la Policía Nacional a reconocer y pagar a favor de la señora Diana Janeth Quintero Cardona las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta de la Policía Nacional de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

Cuarto. DECLÁRASE que el tiempo laborado por la señora Diana Janeth Quintero Cardona como auxiliar de enfermería de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una

⁷⁷ En adelante, CGP.

relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

Quinto. CONDÉNASE a la Policía Nacional a tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional de la parte actora (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Sexto. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

Séptimo. Las sumas que deba cancelar la entidad accionada de acuerdo con lo antes expresado serán debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer dichos ajustes.

Octavo. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Noveno. 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** el 4% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

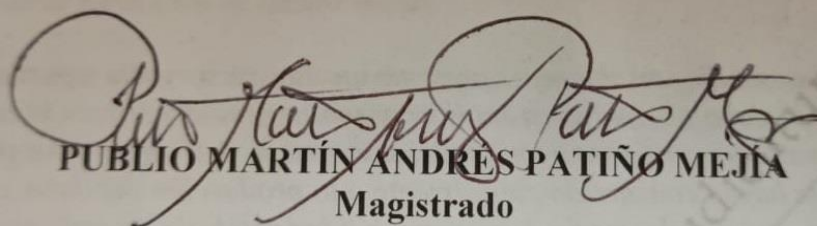
Décimo. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Decimoprimer. Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

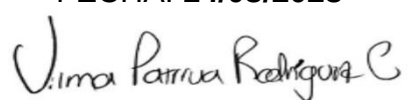


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 139
FECHA: 14/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Especial de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 136

Asunto:	Sentencia de única instancia
Medio de control:	Validez
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00051-00
Demandante:	Departamento de Caldas
Demandado:	Municipio de San José, Caldas.

Aprobado en Sala Especial de Decisión, según consta en Acta n°041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 119 y 121 –numeral 3– del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), en concordancia con el numeral 2 del artículo 151 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión, en sede de única instancia, pronunciarse sobre la validez del artículo 3 del Acuerdo Municipal N°570 de 3 de marzo de 2023, *“MODIFICATORIO DEL PRESUPUESTO GENERAL DE INGRESOS, GASTOS Y DISPOSICIONES GENERALES DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ CALDAS PARA LA VIGENCIA FISCAL 2023, POR LA ASIGNACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA LA VIGENCIA 2023”*, acto proferido por el Concejo municipal de esa entidad territorial.

Lo anterior, atendiendo la solicitud hecha por la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, en virtud de la delegación de funciones consagrada en el Decreto n° 0193 del 3 de octubre de 2016 proferido por el señor Gobernador de Caldas (E), y en uso de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política y en los artículos 119 y 120 del Decreto 1333 de 1986.

¹ En adelante, CPACA.

Se debe precisar que esta providencia la dicta esta Sala de Decisión, teniendo en cuenta que no fue aprobada la ponencia presentada por el Magistrado Augusto Morales Valencia, tal como se informa en constancia visible en el archivo n° 16 del expediente digital.

ANTECEDENTES

La solicitud de invalidez

El 23 de marzo de 2023², el Departamento de Caldas remitió a este Tribunal el artículo 3 del Acuerdo Municipal N°570 de 3 de marzo de 2023 “MODIFICATORIO DEL PRESUPUESTO GENERAL DE INGRESOS, GASTOS Y DISPOSICIONES GENERALES DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ CALDAS PARA LA VIGENCIA FISCAL 2023, POR LA ASIGNACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA LA VIGENCIA 2023”, acto proferido por el Concejo municipal de esa entidad territorial, en tanto consideró que con dicho Acuerdo el Concejo Municipal de San José, Caldas, vulneró el ordenamiento jurídico superior³.

Como fundamento fáctico y jurídico de la solicitud efectuada, el Departamento de Caldas indicó lo siguiente:

1. Expone el Departamento de Caldas que el Concejo Municipal de San José (Caldas), en desarrollo de sus sesiones ordinarias profirió el Acuerdo en mención, sancionado por el alcalde municipal el 3 de marzo de 2023. Los dos (2) debates que precedieron la aprobación del acto administrativo tuvieron lugar el 22 y 27 de febrero de 2023.
2. El Acuerdo Municipal n°570 fue sancionado por el Alcalde Municipal el 3 de marzo de 2023.
3. El 4 de marzo de 2023, el Municipio de San José (Caldas) remitió al Departamento de Caldas el Acuerdo objeto de esta sentencia, para su respectiva revisión.
4. Efectuada la revisión de ese acto en ejercicio del control de legalidad establecido en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, el Departamento de Caldas encontró que el mismo quebranta los artículos 313 –numerales 3 y 5–, 315 –numerales 3, 6 y 9–, 345, 346, 347, 352 y 353 de la Constitución Política, los artículos 18 –numeral 9– y 29 –literal g)– de la Ley 1551 de 2012, así como los artículos 83, 84 y 109 del

² Archivo n° 01 del expediente digital.

³ Archivo n° 02 del expediente digital.

Decreto 111 de 1996.

5. Lo anterior, en tanto a través del mencionado Acuerdo, el Alcalde de San José (Caldas) está facultado para modificar el presupuesto de rentas y gastos de dicha entidad territorial para la vigencia 2023.
6. Anota el departamento que la modificación de las partidas globales de rentas y gastos del presupuesto debió hacerse a través de un acuerdo proferido por el concejo municipal, pues la competencia de dicho órgano colegiado para delegar pro-tempore dicha modificación mientras no se encuentre sesionando solo procede en circunstancias excepcionales, como los recursos de cofinanciación, de regalías y la disminución o reducción del presupuesto. Precisa que en tiempos de paz la modificación del presupuesto corresponde de forma privativa a la corporación política – administrativa, y en el caso del ejecutivo municipal esta competencia solo existe tratándose de los estados de excepción, por lo que no procedía la autorización para que el alcalde incorporara recursos al presupuesto mediante decreto.
7. Describe que las modificaciones al presupuesto municipal requieren la autorización expresa del concejo, y en caso de las facultades al alcalde municipal, estas deben ser concretas, temporales y específicas, determinando de manera clara los programas, proyectos, subprogramas o rubros a los cuales se refieren. Finalmente, menciona que si se quiere modificar el presupuesto municipal en épocas en las que el concejo no esté sesionando, bien puede el alcalde hacerlo mediante la convocatoria a sesiones extraordinarias.

Pronunciamiento del Municipio de San José (Caldas).

El Concejo Municipal de San José (Caldas) se pronunció con memorial digital n°9 del expediente, solicitando se esclarezca la validez del acuerdo municipal, indicando que el Consejo de Estado ha establecido que los cánones 313 y 315 de la Constitución Política contienen las funciones de los alcaldes y concejos municipales, pudiendo la ley agregarles otras, que son plenamente necesarias para materializar los principios de coordinación y colaboración en la acción municipal, en la que además, debe tenerse en cuenta que el alcalde es quien lleva a cabo las tareas de ejecución, y que está proscrita cualquier modificación que no cuente con su autorización.

TRÁMITE PROCESAL

El expediente fue repartido a este Tribunal el 23 de marzo de 2023⁴ y allegado al Despacho del Magistrado Augusto Morales Valencia el 27 del mismo mes y año⁵.

El 27 de abril de 2023 la solicitud de validez fue admitida⁶, ordenando su fijación en lista y la notificación personal al Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista, intervino el Municipio de San José (Caldas)⁷.

En providencia del 15 de junio de 2023 el Despacho Sustanciador abrió el proceso a pruebas⁸.

Según constancia secretarial del 27 de junio de 2023, el trámite pasó a Despacho para resolver lo pertinente⁹.

En sesión ordinaria realizada el 28 de julio de 2023, la Sala de Decisión no aprobó la discusión del proyecto de sentencia presentado por el Magistrado Augusto Morales Valencia¹⁰.

Por lo anterior, el 4 de agosto de 2023, el expediente pasó a Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, para la elaboración de la nueva ponencia¹¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

1. Competencia

La revisión de la validez de un Acuerdo o Decreto Municipal por su oposición a la Constitución o a la ley, comporta un trámite judicial que tiene como génesis la potestad conferida por el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política al Gobernador del Departamento correspondiente, y

⁴ Archivo nº 01 del expediente digital.

⁵ Archivo nº 04 del expediente digital.

⁶ Archivo nº 05 del expediente digital.

⁷ Archivo nº 10 del expediente digital.

⁸ Archivo nº 15 del expediente digital.

⁹ Archivo nº 18 del expediente digital.

¹⁰ Archivo nº 16 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 19 y 20 del expediente digital.

que se encuentra regulado por los artículos 117 a 121 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), los cuales disponen lo siguiente:

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

ARTICULO 118. *Son atribuciones del Gobernador:*

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

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

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

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

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

Por su parte, el numeral 3 del artículo 151 del CPACA, modificado por el artículo 27 de la Ley 2080 de 2021, establece la competencia en única instancia de los Tribunales Administrativos para conocer de las observaciones que los

gobernadores formulen acerca de la constitucionalidad y legalidad de los actos de los alcaldes.

Así entonces, vista la competencia asignada a esta Corporación para conocer en única instancia de la presente controversia, establecido el marco legal para su admisión, trámite y decisión, y toda vez que la solicitud de revisión fue presentada por el Departamento de Caldas dentro de los 20 días que contempla la norma¹², procede el Tribunal a decidir el presente asunto.

2. Problema jurídico

El problema que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

¿El artículo 3 del Acuerdo Municipal N°570 de 3 de marzo de 2023, proferido por el concejo municipal de SAN JOSÉ (CALDAS) vulnera el ordenamiento superior al autorizar al alcalde a realizar modificaciones al presupuesto municipal mediante decreto, en épocas en las cuales esa corporación no se encuentre sesionando?

3. El artículo sometido al análisis de validez

El examen de validez se predica del artículo 3 del Acuerdo Municipal N°570 de 3 de marzo de 2023, cuyo contenido esencial se sintetiza a continuación:

“ARTICULO 3°. Que, para dar cumplimiento a la Constitución Política de 1991, específicamente los artículos, entre ellos el artículo 44, 48, 49, 365 y 366, los cuales tratan sobre el derecho a la salud, se autoriza al ejecutivo municipal que mediante decreto incorpore los recursos que sean necesarios para mantener la cobertura del régimen subsidiado del municipio en tanto el concejo no se encuentre en sesión, conforme a la LMA”.

4. Marco normativo

El artículo 312 de la Constitución Política establece que *“En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. (...)”.*

¹² En tanto el Acuerdo objeto de estudio fue radicado vía correo electrónico en la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas el 4 de marzo de 2023 (página 30 del archivo n° 01 del expediente digital), y la solicitud de revisión fue presentada ante este Tribunal el 23 de marzo siguiente.

Dentro de las principales funciones atribuidas a los concejos municipales, se encuentran las siguientes:

ARTICULO 313. *Corresponde a los concejos:*

(...)

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

(...)

5. *Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.*

Por su parte, el artículo 345 de la misma Constitución Política establece que:

ARTICULO 345. *En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

A su vez, el artículo 352 superior dispone: “Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

De otro lado, y respecto de las atribuciones de los concejos municipales, el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, prevé:

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.

A su turno, el Estatuto Orgánico del Presupuesto contenido en el Decreto 111 de 1996, en los artículos 76 a 88 establece las reglas para la modificación del presupuesto, indicando que cualquier cambio a los montos aprobados por el Congreso debe hacerse mediante una ley (entiéndase a nivel territorial, mediante ordenanza o acuerdo), y que el Gobierno Nacional (entiéndase local, para el asunto bajo estudio) únicamente puede asumir esta competencia en los estados de excepción:

ARTICULO 76. *En cualquier mes del año fiscal, el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo de Ministros, podrá reducir o aplazar total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales, en caso de ocurrir uno de los siguientes eventos: que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos y obligaciones contraídas que deban pagarse con cargo a tales recursos; o que no fueren aprobados los nuevos recursos por el Congreso o que los aprobados fueren insuficientes para atender los gastos a que se refiere el artículo 347 de la Constitución Política; o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados: o que la coherencia macroeconómica así lo exija. En tales casos el Gobierno podrá prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones¹³ (Ley 38/89, artículo 63, Ley 179/94, artículo 34).*

ARTICULO 77. *Cuando, el Gobierno se viere precisado a reducir las apropiaciones presupuestales o aplazar su cumplimiento, señalará, por medio de decreto, las apropiaciones a las que se aplican unas u otras medidas. Expedido el decreto se procederá a reformar, si fuere el caso, el Programa Anual de Caja para eliminar los saldos disponibles para compromisos u obligaciones de las apropiaciones reducidas o aplazadas y las autorizaciones que se expidan con cargo a apropiaciones aplazadas no tendrán valor alguno. Salvo que el Gobierno lo autorice, no se podrán abrir créditos adicionales con base en el monto de los (sic) apropiaciones que se reduzcan o aplacen en este caso (Ley 38/89, artículo 64, Ley 179/94, artículo 55, inciso 6o.).*

ARTICULO 78. *En cada vigencia, el Gobierno reducirá el Presupuesto de Gastos de Funcionamiento cuando las reservas constituidas para ellos, superen el 2% del presupuesto del año inmediatamente anterior. Igual operación realizará sobre las apropiaciones de inversión, cuando las reservas para tal fin excedan el 15% del presupuesto de inversión del año anterior.*

Al determinar el valor de las reservas de gastos de funcionamiento y del presupuesto del año inmediatamente anterior para estos gastos, se excluirán el situado fiscal, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la

¹³ El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-315 de 1997.

Nación, las participaciones giradas a los resguardos indígenas que para este efecto sean considerados como municipios y la participación de las antiguas intendencias y comisarías en el impuesto a las rentas.

PARAGRAFO TRANSITORIO. *El Gobierno Nacional reducirá el presupuesto de los próximos 4 años así:*

1) Para el año de 1996, la reducción será equivalente al 40% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1995 que exceda el 2% de las apropiaciones de funcionamiento y el 15% de las de inversión del presupuesto de dicho año.

2) Para el año de 1997, la reducción será equivalente al 60% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1996 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año.

3) Para el año de 1998, la reducción será equivalente al 80% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1997 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año.

4) Para el año 1999, la reducción será equivalente al 100% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1998 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año (Ley 225/95, artículo 9o.).

ARTICULO 79. *Cuando durante la ejecución del Presupuesto General de la Nación se hiciere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizadas por la ley, se pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (Ley 38/89, artículo 65).*

ARTICULO 80. *El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión (Ley 38/89 artículo 66; Ley 179/94 artículo 55 inciso 13 y 17).*

ARTICULO 81. *Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones (Ley 38/89, artículo 67).*

ARTICULO 82. *La disponibilidad de los ingresos de la Nación para abrir los créditos adicionales al presupuesto será certificada por el contador general. En el*

caso de los ingresos de los establecimientos públicos la disponibilidad será certificada por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces.

La disponibilidad de las apropiaciones para efectuar los traslados presupuestales será certificada por el jefe de presupuesto del órgano respectivo (Ley 38/89, artículo 68, Ley 179/94 artículo 35).

ARTICULO 83. *Los créditos adicionales y traslados al Presupuesto General de la Nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción, serán efectuados por Gobierno en los términos que éste señale. La fuente de gasto público será el decreto que declare el estado de excepción respectivo (Ley 38/89, artículo 69, Ley 179/94, artículo 36).*

ARTICULO 84. *De conformidad con lo establecido en la Constitución Política, cuando se declaren estados de excepción, toda modificación al Presupuesto General de la Nación deberá ser informada al Congreso de la República, dentro de los ocho días siguientes a su realización. En caso de que no se encuentre reunido el Congreso, deberá informarse dentro de los ocho días de iniciación del siguiente período de sesiones (Ley 179/94, artículo 57).*

ARTICULO 85. *El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General de Presupuesto Nacional elaborará conjuntamente para su presentación al Conpes la distribución de los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas.*

De los excedentes financieros distribuidos por el Conpes a la Nación, el Gobierno sólo podrá incorporar al presupuesto un monto que no supere el 1% del presupuesto vigente. En los demás casos ~~el Gobierno hará los ajustes presupuestales necesarios para darle cumplimiento a la distribución de los recursos a que se refiere el inciso anterior. También lo hará una vez determinado el excedente financiero de la Nación~~¹⁴.

Cuando los excedentes destinados por el Conpes a la Nación superen el 1% del presupuesto vigente su incorporación al presupuesto se hará por ley de la República (Ley 179/94 artículo 21, Ley 225/95, artículo 21).

ARTICULO 86. *Cuando se fusionen órganos o se trasladen funciones de uno a otro, el Gobierno Nacional mediante decreto, hará los ajustes correspondientes en el presupuesto para dejar en cabeza de los nuevos órganos o de los que asumieren las funciones, las apropiaciones correspondientes para cumplir con sus objetivos, sin que puedan aumentar las partidas globales por funcionamiento, inversión y servicio de la deuda, aprobadas por el Congreso de la República (Ley 179/94, artículo 59).*

¹⁴ El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-023 de 1996.

ARTICULO 87. *Créase el Fondo de Compensación Interministerial, en cuantía anual hasta uno (1%) por ciento de los ingresos corrientes de la Nación cuya apropiación se incorpora en el presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ~~con sujeción a los reglamentos que al respecto expida el Gobierno Nacional~~¹⁵ con el propósito de atender faltantes de apropiación en gastos de funcionamiento de los órganos en la respectiva vigencia fiscal, y para los casos en que el Presidente de la República y el Consejo de Ministros califiquen de excepcional urgencia. El Ministro de Hacienda ordenará efectuar los traslados presupuestales con cargo a este Fondo, únicamente con la expedición previa del certificado de disponibilidad presupuestal (Ley 38/89, artículo 70. Ley 179/94, artículo 55, inciso 3o.).*

ARTICULO 88. *Los créditos adicionales al presupuesto de gastos no podrán ser abiertos por el Congreso sino a solicitud del Gobierno, por conducto del Ministro de Hacienda y Crédito Público (Ley 38/89 artículo 71. Ley 179/94 artículo 55 inciso 2o.).*

Es preciso señalar que esta normativa que regula el tema presupuestal es aplicable a las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del mismo decreto:

ARTICULO 109. *Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.*

Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo, para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes. Mientras el tribunal decide regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (Ley 38/89, artículo 94. Ley 179/94, artículo 52).

A su vez, la aplicación del estatuto orgánico de presupuesto en las entidades territoriales también se desprende de los artículos 352 y 353 de la Constitución Política que, al respecto, señalan:

ARTICULO 352. *Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y*

¹⁵ El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-442 de 2001.

su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

ARTICULO 353. *Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto.*

Conforme al Decreto 111 de 1996, es claro para esta Sala de Decisión que las modificaciones que pueden hacerse al presupuesto son de tres tipos: reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales, adiciones al presupuesto o créditos adicionales y traslados presupuestales. Sobre estas figuras, el Consejo de Estado¹⁶ ha señalado:

- a) ***La reducción o el aplazamiento de las apropiaciones presupuestales, total o parcialmente, porque los recaudos del año pueden ser inferiores a los compromisos; o no se aprobaron nuevos recursos; o los nuevos recursos aprobados resultan insuficientes; o no se perfeccionan los recursos de crédito autorizados; o por razones de coherencia macroeconómica. El Gobierno Nacional, por decreto y previo concepto del Consejo de Ministros, señala las apropiaciones que deben reducirse o aplazarse. La competencia se radica en el Gobierno Nacional pues la jurisprudencia ha interpretado que las reducciones o aplazamientos no modifican el presupuesto, en sentido estricto; pero sí deben tomarse en forma razonable y proporcionada y a través de un acto administrativo sujeto a control judicial.***¹⁷
- b) ***Las adiciones al presupuesto o créditos adicionales, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida.***¹⁸ ***En ambos casos la competencia es del Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional, porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó. El Gobierno Nacional asume esta competencia cuando las adiciones sean***

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina. Concepto del 5 de junio de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00022-00(1889).

¹⁷ Cita de cita: Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-192-97 (abril 15), Normas demandadas, Arts. 34 de la ley 176 de 1994 y 76 del Decreto 111 de 1996, Exp. D-1437, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-442-01 (mayo 4), Normas demandadas, Art. 70 de la ley 38 de 1989 y Art. 87 del Decreto 111 de 1996. Exp.D-3216. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸ Cita de cita: Cfr. Corte Constitucional Sentencias C-685-96 (diciembre 5), Normas demandadas, Art. 121 (parcial) del decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto), Art. 18 (parcial) de la Ley 225 de 1995 y Art. 59 de la Ley 224 de 1995, Exp. D-1320, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-772-98 (diciembre 10), Normas demandadas, Par. 1o. del Art. 41 y Par. único del Art. 42 de la Ley 80 de 1993, Exp. D-2107, M. P. Fabio Morón Díaz.

única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción.

- c) ***Los movimientos presupuestales consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito), sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, o sea, que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, se denominan “traslados presupuestales internos”.¹⁹ Competen al jefe del órgano respectivo, mediante resolución que debe ser refrendada por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su validez, y concepto previo favorable del Departamento de Planeación Nacional si se trata del presupuesto de inversión.***

Por su parte, en relación con el artículo 110 del mismo Decreto Ley 111 de 1996, con base en el cual se pregunta si el alcalde podría realizar traslados presupuestales sin autorización del concejo (pregunta 4), la Sala observa que dicho artículo no modifica ni crea excepciones respecto de las reglas antes mencionadas²⁰. En ese sentido, la capacidad para contratar que se regula

¹⁹ Cita de cita: Decreto 568 de 1996 (marzo 21), “Por el cual se reglamentan las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995 Orgánicas del Presupuesto General de la Nación.” Art. 34. “Las modificaciones al anexo del decreto de liquidación que no modifiquen en cada sección presupuestal el monto total de sus apropiaciones de funcionamiento, servicio de la deuda o los subprogramas de inversión aprobados por el Congreso, se harán mediante resolución expedida por el jefe del órgano respectivo. En el caso de los establecimientos públicos del orden nacional, estas modificaciones al anexo del decreto de liquidación se harán por resolución o acuerdo de las Juntas o Consejos Directivos. / Estos actos administrativos requieren para su validez de la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Dirección General del Presupuesto Nacional-. Sí se trata de gastos de inversión se requerirá además del concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación. / El Departamento Nacional de Planeación al conceptuar sobre modificaciones al anexo del decreto de liquidación financiadas con recursos del crédito externo verificará que dicha modificación se ajusta al objeto estipulado en los respectivos contratos de empréstito. / La Dirección General del Presupuesto enviará copia de los actos administrativos a la Dirección General del Tesoro a fin de hacer los ajustes en el Programa Anual de Caja que sean necesarios.

²⁰ Cita de cita: El artículo 110 del Decreto Ley 111 de 1996 establece: “ARTICULO 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes. En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

en esa disposición legal, no se extiende a la posibilidad de modificar el presupuesto por fuera de lo previsto en las normas presupuestales aplicables en cada caso particular.

Valga aclarar que en el nivel territorial no existe posibilidad normativa alguna para asimilar los estados de excepción, a situaciones locales, de manera que tampoco el alcalde municipal podrá asumir competencia para modificar el presupuesto municipal.²¹ (Negrilla de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, la incorporación de los recursos que sean necesarios para mantener la cobertura del régimen subsidiado del municipio, necesariamente debe ser tramitada, en su caso, por el concejo municipal, de forma que no puede el alcalde directamente ejercer una atribución que de manera exclusiva y excluyente le corresponde al cabildo municipal.

Se excepciona de esta regla el supuesto contemplado en el literal g) del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, *“Por la cual se dictan normas para la organización y el funcionamiento de los municipios”*, que modificó el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, y consagra dentro de las funciones a cargo de los alcaldes, la siguiente:

g) Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución. Los recursos aquí previstos así como los correspondientes a seguridad ciudadana provenientes de los fondos territoriales de seguridad serán contratados y ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal.

Una vez el ejecutivo incorpore estos recursos deberá informar al Concejo Municipal dentro de los diez (10) días siguientes.

En providencia del 6 de septiembre de 2018²², el Consejo de Estado indicó lo siguiente en relación con la competencia de los concejos para adicionar los presupuestos:

El artículo 313, numeral 5, de la Constitución Política, desarrollado por el

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación.”

²¹ Cita de cita: Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-78-92, C-365-01, C-1072-02; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de septiembre 6/99, Rad. 3774, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; sentencia de julio 28/00, Rad. 4074, C.P. Gilberto Peña Castrillón; sentencia de agosto 1º/02, Rad. 2001-0117-01(6961), C. P. Olga Inés Navarrete Barrero; sentencia septiembre 4/03, Rad. 2002-00389-01 (8431), C. P. Olga Inés Navarrete Barrero.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González. Sentencia del 6 de septiembre de 2018. Radicación número: 70001-23-33-000-2018-00019-01(PI).

artículo 32, numeral 9, de la Ley 136 de 1994, respecto de la relación entre los concejales y el municipio, en su orden, establecen:

(...)

El presupuesto municipal no está concebido en una forma pétrea, ya que, por diferentes motivos pueden surgir situaciones que ameriten su modificación o adición. De ahí la existencia de normas que permitan adicionarlo, como las que se encuentran incorporadas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, artículos 76 y ss., las cuales son aplicables a los entes territoriales en virtud de lo dispuesto por los artículos 352 y 353 de la Constitución Política y 109 del mismo estatuto.

*En tal sentido el artículo 352 Constitucional, establece que para el manejo de sus recursos “las autoridades nacionales y territoriales, además de aplicar las normas constitucionales pertinentes deben ceñirse al Estatuto Orgánico del presupuesto, que se encuentra consagrado en el Decreto 111 de 1996 cuyo artículo 80 dispone que “El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de **gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión**” (Negrillas fuera de texto).*

De las normas aludidas anteriormente, se extrae que la competencia para aprobar, modificar o adicionar el presupuesto de rentas y gastos del municipio radica en el Concejo Municipal a iniciativa del Alcalde, teniendo en cuenta los principios constitucionales y los de la Ley Orgánica del presupuesto. Es evidente que la materia del Acuerdo cuestionado corresponde a un tema de índole presupuestal, función que, como lo establecen las normas reseñadas, es propia de los concejos municipales, por lo que, puede decirse que aquél se expidió conforme a la Constitución y la Ley. (Negrilla del texto, líneas de la Sala).

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-357 de 1994 sostuvo que modificar el presupuesto es una facultad que atañe únicamente al Congreso y que es inconstitucional que la ley de presupuesto otorgue al Gobierno una prerrogativa que la Constitución no le confirió. En esa misma oportunidad, la Alta Corte concluyó que “(...) si el Gobierno pretende aumentar las apropiaciones presupuestales con el fin previsto en el artículo 71, deberá acudir al Congreso, para que se modifique el Presupuesto, mediante la apertura de los créditos adicionales que sean necesarios”.

Posteriormente, en sentencia C-772 de 1998 precisó que, el presupuesto es una expresión de la separación de poderes y un mecanismo de racionalización de la actividad estatal, que como tal le corresponde expedir al Congreso en cuanto órgano de representación popular. Igualmente reiteró que, la modificación del presupuesto, en cumplimiento del principio de legalidad, le

corresponde al legislador ordinario en tiempos de paz, y al extraordinario cuando se declaren estados de excepción. Así dijo la Corte:

La Ley Orgánica de Presupuesto, actualmente compilada en el Decreto 111 de 1996, prevé en sus artículos 83 y 84 la posibilidad de que el Gobierno Nacional introduzca directamente modificaciones al presupuesto general de la Nación, a través de créditos adicionales y traslados, pero única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción. (...)

(...)

Es decir, que en desarrollo del mandato del artículo 352 superior, el legislador, en la correspondiente ley orgánica de presupuesto, introdujo una excepción al principio rector que señala que la modificación del mismo es competencia del Congreso, tal excepción encuentra fundamento constitucional precisamente en la norma superior citada, pues en ella el Constituyente le atribuyó de manera expresa al legislador la facultad, para, a través de una ley orgánica, regular entre otros aspectos, el relativo a la modificación del presupuesto.

El citado artículo 83 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, establece que en esos casos la fuente del gasto público será el decreto que declare el estado de excepción, es decir el correspondiente decreto legislativo, (...)

Queda claro entonces, que el presupuesto general de la Nación solamente puede ser modificado por el legislador, salvo en los casos de declaratoria de estados de excepción, (arts. 213, 215 C.P.), en los cuales está habilitado para hacerlo el gobierno nacional, tal como lo establece el Estatuto Orgánico de Presupuesto, lo que equivale a señalar que en tiempos de normalidad el presupuesto sólo puede ser modificado por el Congreso, mientras que en los casos de perturbación del orden económico y social, el ejecutivo, previa la declaratoria del estado e (sic) excepción, tiene legítimas facultades para hacerlo: (...)

Y en sentencia C-206 de 2020 la Corte Constitucional reiteró que:

La Constitución establece en los artículos 346 y 347 el principio de legalidad del presupuesto, o la reserva de ley para su expedición, modificación o adición, en atención a la importancia del principio democrático para adoptar decisiones relacionadas con el uso y la destinación de los recursos públicos²³, de conformidad con el cual, para que los gastos efectivamente se ejecuten, las partidas deben aprobarse por el Congreso al expedir la ley anual de presupuesto. Así, en tiempos de normalidad institucional, la regla general es que no se podrá hacer erogación o gasto alguno con cargo al tesoro público, ni transferir créditos que no se

²³ Cita de cita: Cfr. sentencias C-006/12, C-192/97 y C-685/96.

*encuentren en el presupuesto de gastos decretados por el Congreso, las asambleas departamentales, o los concejos distritales o municipales*²⁴.

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia en cita, la Sala concluye que: **i)** la competencia para adicionar el presupuesto es exclusiva del Concejo Municipal, a iniciativa del alcalde y, en consecuencia, **ii)** al alcalde le está vedado adicionar el presupuesto directamente y **iii)** tampoco el Concejo está facultado para autorizar *pro tempore* al mencionado mandatario para tal fin, pues si bien no hay norma expresa que prohíba al Concejo autorizar *pro tempore* al mencionado mandatario para realizar modificaciones o adiciones al presupuesto, tal prohibición deriva de los artículos 345, 346 y 247 de la Constitución Política.

5. Examen del caso concreto

Analizado el contenido del acto administrativo proferido por el Concejo Municipal de San José (Caldas), no queda duda de que aquellos autorizan al alcalde para incorporar los recursos que sean necesarios para mantener la cobertura del régimen subsidiado del municipio en tanto el concejo no se encuentre en sesión; conclusión que se desprende de la propia literalidad de los decretos, según se reseñó en el acápite correspondiente.

En efecto, las adiciones o incorporaciones constituyen un tipo de modificación al presupuesto de rentas, y operan cuando se requiere incorporar recursos inicialmente no contemplados en el presupuesto aprobado y que servirán de base para abrir créditos (gastos) adicionales o para aumentar los existentes. Esta facultad, como se señaló en líneas anteriores, es exclusiva del concejo municipal, a iniciativa del alcalde.

Esto significa que, en principio, el ejecutivo no puede hacer directamente la adición de recursos al presupuesto, excepto en el evento contemplado en el literal g) del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 referente a la incorporación “(...) *dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución. (...)*”.

²⁴ Cita de cita: Cfr. sentencia C-434/17. “Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”. Ver también la sentencia C-146/09.

Por lo tanto, para la modificación del presupuesto por la incorporación de recursos recibidos por el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, no se requiere autorización del Concejo para su incorporación, pues basta que se le informe dentro de los 10 días siguientes a la fecha de expedición del decreto por parte del alcalde, como también lo prevé la norma citada.

Del texto del acuerdo objeto de análisis, se advierte que el mismo no tiene por objeto incorporar recursos recibidos por el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, como lo exige la norma referida.

En efecto, en este punto se tiene que en el Acuerdo objeto del presente proceso se indicó lo siguiente en la parte considerativa (página 25, archivo 03, exp. digital):

“(…)

Que el Ministerio de la Protección Social definió la última matriz de fuentes de financiamiento para el régimen subsidiado durante la vigencia 2023, donde realiza el presupuesto para el fondo local de salud en su parte presupuestal.

Que el ARTÍCULO 29. De la Ley 1438 de 2011 estableció: “*ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO*. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

Que El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo.

(…)”

En criterio de esta Corporación, la consideración anterior no es suficiente para inferir que el artículo tercero del Acuerdo Municipal N°570 de 3 de marzo de 2023, cuya validez se demanda, tiene por objeto incorporar recursos recibidos por el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales, ya que en el texto de la disposición mencionada se expresa de manera general que la autorización al ejecutivo municipal se da para que mediante decreto incorpore los recursos que sean necesarios para mantener la cobertura del régimen subsidiado del municipio en tanto el concejo no se encuentre en sesión, conforme a la LMA.

En lo que respecta a la facultad de los concejos municipales para conferir

autorizaciones *pro tempore* a los alcaldes, conviene precisar que el Consejo de Estado ha señalado²⁵ que aquella tiene dos limitantes o condicionamientos, cuales son: una de orden temporal, como quiera que la habilitación no puede otorgarse de forma indefinida, razón por la cual en el acuerdo debe determinarse cuál es el plazo en el que puede actuar el alcalde; y otra sustancial o material, en la medida en que el ordenamiento jurídico exige precisión y detalle en el otorgamiento de la facultad, de forma tal que, por fuera de lo encomendado, no le es permitido al ejecutivo local pronunciamiento alguno.

Sin pretender entrar a debatir la legalidad del citado acuerdo, esta Sala de Decisión considera que la autorización general y sin ninguna especificidad que en este caso dio el Concejo de San José (Caldas) al Alcalde para realizar modificaciones al presupuesto general, esto es, el fundamento de los actos acusados de invalidez, contraviene los artículos 345 y 352 de la Constitución Política, en la medida en que la competencia en esta materia es exclusiva y reservada de la corporación pública, a iniciativa del ejecutivo.

6. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que prosperan los cargos formulados por el Departamento de Caldas, por cuanto:

- A nivel municipal, corresponde al concejo expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.
- Las adiciones o traslados del presupuesto que modifiquen los montos aprobados por el concejo municipal, deben ser efectuados mediante acuerdo municipal.
- Si el gobierno municipal considera necesario que se modifique el presupuesto decretado por el concejo, debe presentar a esa corporación el proyecto de acuerdo respectivo, toda vez que como lo han señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, tales decisiones no pueden ser adoptadas por el Alcalde Municipal, debido a que la Constitución Política no le atribuye esa facultad. Lo anterior, salvo que se trate de la incorporación de recursos recibidos como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, pues en ese caso el alcalde los puede

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta – Descongestión. Consejera Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 23 de abril de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04192-01.

incorporar mediante decreto, de lo cual debe informar al Concejo dentro de los 10 días siguientes.

Por lo analizado, se infiere que el artículo 3 del Acuerdo Municipal n°570 de 3 de marzo de 2023, expedido por el Concejo de San José (Caldas), con el cual autorizó al ejecutivo municipal de esa entidad territorial para incorporar recursos en el presupuesto general del municipio para la vigencia fiscal del año 2023, quebrantó el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, esta Sala encuentra procedente declarar su invalidez.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE la invalidez del artículo 3 del Acuerdo Municipal n° 570 de 3 de marzo de 2023, *“MODIFICATORIO DEL PRESUPUESTO GENERAL DE INGRESOS, GASTOS Y DISPOSICIONES GENERALES DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ CALDAS PARA LA VIGENCIA FISCAL 2023, POR LA ASIGNACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES PARA LA VIGENCIA 2023”*, en el cual *“(…) se autoriza al ejecutivo municipal que mediante decreto incorpore los recursos que sean necesarios para mantener la cobertura del régimen subsidiado del municipio en tanto el concejo no se encuentre en sesión conforme a la LMA”*.

Segundo. COMUNÍQUESE esta determinación al señor Gobernador del Departamento de Caldas, al Alcalde del Municipio de San José (Caldas), al Presidente del Concejo Municipal de San José (Caldas), así como al señor Agente del Ministerio Público.

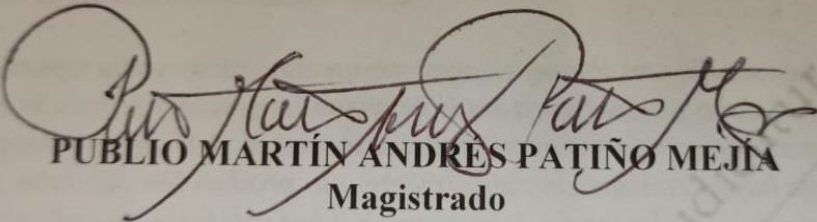
Tercero. Contra la presente decisión, no procede recurso alguno.

Cuarto. Por la Secretaría de esta Corporación, **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Salva el voto



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 134

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-001-2015-00252-02
Demandante: Francisco Emilio Loaiza Buitrago
Demandada: Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago contra el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio del medio de control interpuesto el 18 de agosto de 2015², se solicitó lo siguiente³:

1. Que se declare la nulidad del Oficio nº 2305-6 del 12 de marzo de 2015,

¹ En adelante, CPACA.

² Página 1 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 4 y 5 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

con el cual la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes.

- 2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la parte demandante laboró para el Departamento de Caldas desde 1998 hasta 2003, en forma subordinada y dependiente, como auxiliar de servicios generales.
- 3. Que se declare que el Departamento de Caldas terminó la relación laboral de manera unilateral e injusta.
- 4. Que se condene al Departamento de Caldas a reconocer y pagar las prestaciones sociales adeudadas, las cesantías, los intereses a las cesantías, la sanción moratoria por la falta de pago de las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social, la indemnización por la terminación unilateral de la relación laboral, la sanción moratoria por falta de pago de las cesantías e intereses a las cesantías, y las dotaciones.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁴, que en resumen indica la Sala:

- 1. El señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago laboró al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de celador, código 5320-03, en diferentes establecimientos educativos, en forma ininterrumpida y subordinada desde 1999 a 2003, a través de las siguientes órdenes de prestación de servicios (OPS)⁵:

OPS N°	EXTREMOS TEMPORALES	
	INICIO	FINAL
209	Marzo de 1999	Diciembre de 1999
209	Marzo de 2000	Diciembre de 2000
204	Abril de 2001	Diciembre de 2001
70	Enero de 2002	Diciembre de 2002
155	Enero de 2003	Mayo de 2003

- 2. En el sistema de nómina del Departamento de Caldas se refleja el pago realizado por las órdenes de servicio.

⁴ Páginas 3 y 4 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ En adelante, OPS.

3. Las labores como celador fueron desempeñadas por parte del accionante en forma subordinada y dependiente, en estricto horario de trabajo semanal.
4. Las órdenes de pago se imputaron al rubro de sueldos de la unidad 1 de la administración general del presupuesto de situado fiscal.
5. Durante el tiempo que el demandante laboró para el Departamento de Caldas, no se le pagaron prestaciones sociales, aportes para pensión, trabajo nocturno, extra diurno, extra nocturno, reajuste salarial anual, nivelación salarial, cesantías e intereses, ni dotaciones.
6. El Departamento de Caldas simuló una verdadera relación laboral a través de contratos de prestación de servicios.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁶: Ley 79 de 1981; Ley 33 de 1985; Decreto 2714 de 2001; Decreto 2712 de 1999; Decreto 1919 de 2002; y Decreto 1133 de 1994.

Manifestó que la administración departamental ha venido errando conceptual y económicamente al simular relaciones labores con funciones públicas, en contratos con prestación de órdenes de servicio.

Adujo que las funciones públicas no se pagan con órdenes de servicio sino que se retribuyen mediante salarios, razón por la cual existe un régimen prestacional diferente para el sector público.

Afirmó que la labor de celaduría es función pública cuando es realizada en establecimientos públicos como colegios donde se imparte educación en el departamento.

Sostuvo que la labor de celaduría es por definición y naturaleza subordinada y dependiente, ya que tiene que ser ejercida con los elementos del empleador y exige un estricto horario laboral señalado por el empleador.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representado y dentro del término legal conferido, el Departamento de Caldas contestó la demanda⁷, para oponerse a las súplicas

⁶ Página 7 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Páginas 63 a 79 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

de la misma, con fundamento no sólo en que la vinculación se dio a través de contratos de prestación de servicios que no configuran una relación laboral, sino que además existe prescripción.

Manifestó que el Departamento de Caldas, a través de su Secretaría de Educación, se encontraba plenamente facultado por la Ley 715 de 2001 para contratar mediante órdenes de prestación de servicios, en aras de garantizar el servicio público educativo en los establecimientos que lo requerían por no existir personal de planta que ejerciera la función.

Explicó que el derecho no fue reclamado en su debida oportunidad, esto es, dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo, sino que transcurrieron más de diez años para solicitar el reconocimiento de una relación laboral.

Propuso los medios exceptivos que denominó: “(...) *FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, en la medida en que el Departamento de Caldas no tenía facultad para nombrar personal docente por fuera de la planta aprobada por el Ministerio de Educación Nacional, pero sí gozaba de la posibilidad de contratar los servicios profesionales para cubrir diferentes plazas vacantes; “*PRESCRIPCIÓN*”, ya que la reclamación se elevó superando los tres años que para tal efecto se autorizan por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; y “*BUENA FE*”, que permeó la relación contractual entre las partes, conociendo éstas la modalidad de contratación y los beneficios de ella.

LA SENTENCIA APELADA

El 30 de junio de 2020, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁸, con la cual accedió a las pretensiones de la demanda, en la medida en que: **i)** declaró probada la excepción de prescripción; **ii)** declaró la nulidad parcial del acto atacado; **iii)** declaró la existencia de una relación laboral encubierta entre las partes desde 2000 hasta el 28 de febrero de 2003; **iv)** condenó al Departamento de Caldas a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social por el tiempo comprendido entre el año 2000 y el 28 de febrero de 2003, tomando para ello el IBC pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y de existir diferencia entre los aportes realizados por el contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador; **v)** negó las demás pretensiones de la demanda; y **vi)** se abstuvo de condenar en costas.

⁸ Archivo n° 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

Lo anterior, en tanto encontró que en el proceso se demostró la configuración de cada uno de los requisitos de una verdadera relación de carácter laboral.

En efecto, expuso que se acreditó que el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago fue vinculado al Departamento de Caldas para reemplazar a la señora María Sinforosa Toro Osorio, quien hacía parte de la planta de personal de la entidad territorial en el cargo de servicios generales, código 5335, grado 3.

Indicó que se allegaron al expediente documentos que dan cuenta de los pagos realizados al accionante por concepto de los servicios prestados en dicho cargo, tal como: sueldo, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, vacaciones, recargos nocturnos, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras nocturnas, horas extras nocturnas festivas, dominicales y festivos, prima de servicios, bonificación por servicios y bonificación por recreación.

Refirió que el accionante cumplía una jornada laboral u horario de trabajo en igualdad de condiciones con los empleados de planta de la entidad demandada, y además recibía directrices por parte del secretario de educación o el rector de la institución en la cual laborara, lo cual es indicativo de dependencia o subordinación.

Sostuvo que como en el proceso se demostró que el Departamento de Caldas pagó al señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago varias prestaciones sociales, no hay lugar a ordenar el reconocimiento de tales créditos laborales, a excepción de las cesantías y los intereses a las cesantías, pues sobre su pago no hubo prueba.

Negó la pretensión relativa a la indemnización por terminación unilateral de la relación laboral, en la medida en que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, la relación que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades es de índole laboral, terminó al vencimiento de la última orden de prestación de servicios en el año 2003, situación que difiere de los motivos que dan lugar a una terminación unilateral de un contrato laboral.

En relación con los aportes a seguridad social, el Juez de primera instancia accedió al reconocimiento de los relativos a pensión, con base en sentencia del 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado.

El Juez *a quo* estimó que en este caso se configuró el fenómeno de la prescripción, pues el derecho no fue reclamado dentro de los tres años siguientes al momento en que se hizo exigible la obligación.

Finalmente, se abstuvo de condenar en costas por considerar que la prosperidad de las pretensiones fue parcial y en una proporción muy inferior a la estimación de la cuantía.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia⁹, de la manera que se indica a continuación.

Afirmó que de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que los pagos reconocidos al accionante se hicieron con cargo al Fondo Educativo Regional (FER), el cual era financiado a través del situado fiscal y pertenecía a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y no a las entidades departamentales.

Por lo anterior, manifestó que la parte actora debió acudir directamente ante el Ministerio de Educación Nacional para solicitarle el reconocimiento de la existencia de la relación laboral.

Sostuvo que el testigo que rindió declaración en este asunto dio cuenta de que el accionante no permanecía en el lugar donde supuestamente prestaba sus servicios, y que además desconocía al jefe inmediato.

Expuso que en la sentencia de primera instancia se condena en tiempos ininterrumpidos desde 2000 a 2003, pese a que, según los hechos de la demanda, el actor afirma que laboró de marzo a diciembre de 2000, de abril a diciembre de 2001, de enero a diciembre de 2002, y de enero a mayo de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

⁹ Archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

Parte demandada¹⁰

Reiteró los planteamientos hechos en el recurso de apelación y añadió que no existen las pruebas suficientes que permitan demostrar la relación laboral alegada, la cual además estaría afectada por la prescripción, y que la parte actora no realizó los aportes que le correspondían al Sistema de Seguridad Social.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 24 de febrero de 2021¹¹, y allegado el 12 de abril del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹².

Admisión y alegatos. Por auto del 12 de abril de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹³. Dentro del término otorgado, sólo la parte demandada alegó de conclusión¹⁴. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de mayo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁵, la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue formulado.

Problema jurídico

¹⁰ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la existencia de una auténtica relación laboral –prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y remuneración– entre el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago y el Departamento de Caldas?*
- *En caso afirmativo, ¿hay lugar a declarar la excepción de prescripción del derecho respecto de los períodos sobre los cuales se declaró la relación laboral entre el señor Mauricio Estrada Martínez y la Policía Nacional?*
- *De no darse lo anterior, o darse de forma parcial, ¿le asiste derecho a la parte accionante a obtener el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios; **ii)** desnaturalización del contrato de prestación de servicios: contrato realidad o relación laboral encubierta; **iii)** elementos constitutivos de una relación laboral y acreditación en el caso concreto; **iv)** existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto; **v)** extremos temporales de la relación laboral; **vi)** prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad; y **vii)** restablecimiento del derecho.

1. Vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, existen tres clases de vinculación al servicio público: **i)** legal y reglamentaria, como la forma predominante de acceso a cargos públicos y dirigida al ingreso de empleados públicos; **ii)** laboral contractual, respecto de los trabajadores oficiales a través de contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo del Trabajo; y **iii)** contractual o de prestación de servicios, regida por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta última forma de vinculación, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta de éstas o requieran conocimientos especializados para ello. La disposición que consagró dicha

figura es clara en establecer que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y que deben celebrarse por el término estrictamente indispensable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶ ha precisado que dentro de las características principales del contrato de prestación de servicios, se encuentra “(...) la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este (sic) debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹⁷, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁸”.

2. Desnaturalización del contrato de prestación de servicios: relación laboral encubierta

El contrato de prestación de servicios consagrado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, en la cual señaló sus características y diferencias con el contrato de trabajo, y con ello explicó que dicha figura se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente, pues en esa medida se desnaturaliza el contrato estatal y hace procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo (artículo 53 Superior)¹⁹.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

¹⁷ Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹⁸ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁹ “El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

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

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

realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

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

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

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

(...)

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al

En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁰, el Consejo de Estado señaló que la figura conocida como contrato realidad o, mejor, relación laboral encubierta, se aplica cuando *“(...) se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales*²¹”.

3. Elementos constitutivos de una relación laboral. Acreditación en el caso concreto

Como se indicó anteriormente, el contrato de prestación de servicios se desfigura y da paso al llamado contrato realidad o relación laboral encubierta cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada de manera continuada; y **iii)** remunerada.

En el evento de demostrarse lo anterior, surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales del caso.

Siguiendo la línea de estudio trazada, este Tribunal analizará si en el presente asunto se configura el contrato realidad o la relación laboral encubierta reclamada, para lo cual abordará cada uno de los elementos constitutivos de la misma, atendiendo las pruebas allegadas al expediente.

empleado público.

(...)

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual “agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo.” (Sentencia C-555/94, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

²¹ Cita de cita: En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

3.1 La prestación personal del servicio

En reciente sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021²², el Consejo de Estado precisó lo siguiente en relación con la prestación personal del servicio: *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;²³ pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.²⁴”*.

De la documentación obrante en el expediente, se observa que durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2000 y el 28 de febrero de 2003, el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago estuvo vinculado al Departamento de Caldas de forma casi que continua e ininterrumpida –salvo por unos lapsos, como se verá más adelante–, a través de OPS, de la manera que se describe a continuación:

Nº	OPS nº	EXTREMOS TEMPORALES	
		Inicio	Final
1	209 del 31 de diciembre de 1999 ²⁵	1º de enero de 2000	31 de diciembre de 2000
2	204 del 26 de abril de 2001 ²⁶	26 de abril de 2001	31 de diciembre de 2001
3	70 del 2 de enero de 2002 ²⁷	2 de enero de 2002	31 de diciembre de 2002
4	155 del 27 de enero de 2003 ²⁸	27 de enero de 2003	28 de febrero de 2003

De conformidad con lo expuesto en las citadas OPS, éstas fueron expedidas con el fin de que el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago prestara sus servicios transitoriamente en el cargo de servicios generales, código 5335, grado 3, para el Instituto Universitario de Manizales, en reemplazo de la

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

²³ Cita de cita: Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

²⁴ Cita de cita: Al respeto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

²⁵ Páginas 26 y 27 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Página 28 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷ Página 29 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Página 30 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

señora María Sinforosa Toro Osorio, teniendo en cuenta la renuncia presentada por ésta, la cual fue legalizada mediante Decreto 11 del 18 de enero de 1999.

No se especificaron las obligaciones especiales que el demandante debía cumplir en desarrollo de las OPS, sino que, según se desprende de la redacción de éstas, el respectivo directivo docente era quien estaba facultado para asignarle funciones, previa la verificación de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Aun cuando las actividades que le fueron asignadas al señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago no quedaron especificadas en las respectivas OPS, lo cierto es que con el testimonio del señor Néstor Carvajal López²⁹, en conjunto con los comprobantes de pago allegados y a los que se hará referencia posteriormente, se acreditó que las funciones principales del demandante correspondían a las de vigilancia y celaduría, así como a las de aseo o mantenimiento.

De acuerdo con las OPS que tienen como característica ser *intuitu personae*, y atendiendo el testimonio recaudado en el trámite de este proceso³⁰, se encuentra acreditado que el demandante prestó de manera personal y directa sus servicios para el Departamento de Caldas en los períodos indicados anteriormente, sin que tuviera la facultad para delegar en terceros el cumplimiento de las actividades que le fueran asignadas.

3.2 Continuada subordinación o dependencia

En sentencia del 4 de febrero de 2016³¹, el Consejo de Estado precisó que la subordinación o dependencia es la situación entendida como “(...) *aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo*”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021³², el Consejo de Estado señaló una serie de situaciones indicativas de la existencia de

²⁹ Minuto 6:14 a 20:27 del archivo correspondiente a la audiencia de pruebas, obrante en el cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Ver declaración del señor Néstor Carvajal López (minuto 6:14 a 20:27 del archivo correspondiente a la audiencia de pruebas, obrante en el cuaderno 1 del expediente digital).

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

subordinación o dependencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, tales como: lugar de trabajo, horario de labores, dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, y actividades o tareas a desarrollar que correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

De conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, esta Sala de Decisión considera que en el presente asunto el aludido elemento también fue demostrado, según pasa a indicarse.

a) Permanencia de las funciones objeto del contrato

Conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, uno de los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios es su temporalidad, pues la norma citada dispone que aquellos se celebran por el término estrictamente indispensable.

La circunstancia de celebrar contratos de prestación de servicios para realizar labores de carácter permanente contraría la naturaleza propia de aquellos, así como la razón para la cual fueron concebidos en la Ley 80 de 1993, y permitiría inferir que esta modalidad de contratación fue utilizada para disfrazar una relación laboral y eximirse del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores.

Lo anterior, por cuanto, como lo prevé la parte final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968³³, “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Esta prohibición fue replicada por el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973³⁴ y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008³⁵ que modificó y adicionó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968.

³³ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

³⁴ “Artículo 7º.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”.

³⁵ “ARTICULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo 2. quedará así:

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

El inciso final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en la que precisó que la permanencia en un contrato de prestación de servicios es un elemento más que indica la existencia de una relación laboral³⁶, y adicionalmente expuso los criterios que permiten diferenciar una relación laboral de una por prestación de servicios:

*La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, **si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública**, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, **será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral**; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: **si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral**; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero **si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual**; v) Criterio de la continuidad: **si la vinculación se realizó***

³⁶ “La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El Decreto Ley 785 de 2005, por medio del cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, contempló dentro de los empleos del nivel asistencial, los siguientes:

ARTÍCULO 20. NIVEL ASISTENCIAL. *El Nivel Asistencial está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:*

Cód. Denominación del empleo

(...)

470 *Auxiliar de Servicios Generales*

(...)

477 *Celador*

(...)

485 *Guardián*

El artículo 4 del citado decreto precisó que el nivel asistencial “*Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución*”.

Con base en lo anterior, esta Sala de Decisión considera que si bien las actividades desarrolladas por el demandante tenían una duración específica conforme quedó consignado en cada OPS, lo cierto es que aquellas, sin duda, guardan relación directa o aluden a una función inherente, permanente y obligatoria de la entidad demandada y además se realizaron de manera continua, siendo primordiales para el

funcionamiento de la institución educativa designada por el departamento.

En efecto, las labores contratadas de vigilancia, celaduría y conserjería corresponden a un empleo del nivel asistencial que está creado en la planta de personal de la entidad, pues tiene asignada nomenclatura que lo identifica como tal, y que implica la realización de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores.

b) Sede del objeto contractual

Tal como quedó consignado en cada OPS expedida, y como lo corroboró el testigo que rindió declaración en este asunto³⁷, el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago debía prestar sus servicios personales en el Instituto Universitario de Manizales, al cual fue remitido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

c) Fijación y cumplimiento de horario

En relación con este tema, observa la Sala que la única prueba que obra en el expediente es el testimonio del señor Néstor Carvajal López³⁸, quien manifestó que por comentarios que hacía el mismo Francisco Emilio Loaiza Buitrago cuando se reunía con él y otros contratistas del Departamento de Caldas que se desempeñaban como vigilantes, aquel tenía como horario de trabajo la jornada diurna, esto es, entre 7:00 a.m. y 5:00 o 6:00 p.m., pero que a veces también debía trasnochar.

Según se observa en algunos de los comprobantes de pago allegados³⁹, al accionante le fueron reconocidos recargos nocturnos, horas extras nocturnas y dominicales y festivos, lo que significa que, en efecto, como lo indicó el testigo, en ocasiones al demandante le correspondía trasnochar o realizar funciones en horarios adicionales a la jornada diurna ordinaria semanal.

Si bien en el proceso no reposan pruebas que permitan tener claridad suficiente no sólo respecto del horario de trabajo sino de si éste era impuesto al demandante, el Tribunal considera que por la naturaleza de las labores que el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago desarrollaba en

³⁷ Ver declaración del señor Néstor Carvajal López (minuto 6:14 a 20:27 del archivo correspondiente a la audiencia de pruebas, obrante en el cuaderno 1 del expediente digital).

³⁸ Minuto 6:14 a 20:27 del archivo correspondiente a la audiencia de pruebas, obrante en el cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Páginas 34 a 37 y 121 a 125 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

el Instituto Universitario de Manizales (vigilancia o celaduría y conserjería), se entiende que éstas necesariamente estaban atadas al cumplimiento de un horario o turno fijado por la entidad contratante o por el rector de la institución educativa. Así lo estimó igualmente el Consejo de Estado en sentencia del 19 de enero de 2023⁴⁰.

d) Sujeción a reglamentos, órdenes e instrucciones

Con el propósito de acreditar la dirección y control efectivo de las labores desarrolladas por el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago, se allegaron únicamente las OPS y el testimonio del señor Néstor Carvajal López⁴¹.

Conforme a dichas pruebas, esta Sala de Decisión considera que el ejercicio de las actividades sí estaba sometido al cumplimiento de órdenes e instrucciones, como quiera que, de un lado, tal como quedó consignado en las OPS, las funciones estaban a discreción del directivo docente del Instituto Universitario de Manizales, y de otro, el testigo refirió que el jefe inmediato en el caso del actor y del mismo declarante que también fungió como celador en otra institución educativa, siempre era el rector, quien impartía las instrucciones y directrices en relación con las labores que debían realizarse.

Si bien no hay prueba específica de las condiciones de modo en las que se llevaron a cabo las labores ejecutadas por el actor, ni de las órdenes que se le impartían a éste, lo cierto es que el Tribunal estima que sí existen indicios demostrativos de subordinación, por cuanto el actor estaba inmiscuido en el círculo organizativo de la entidad, quien a través del rector de la institución educativa al cual aquel fue adscrito, ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones en las que se llevaba a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

No puede perderse de vista que, como se dijo anteriormente, el accionante ocupaba un cargo del nivel asistencial de la planta de personal del departamento, lo que conlleva necesariamente una ejecución de funciones en las que es connatural la subordinación, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en la sentencia del 19 de enero de 2023 ya referida: *“Vale decir, dada la naturaleza de las funciones, es connatural la subordinación, luego no se infiere coordinación, tampoco independencia del*

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Magistrado Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 19 de enero de 2023. Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00406-01(2643-2020).

⁴¹ Minuto 6:14 a 20:27 del archivo correspondiente a la audiencia de pruebas, obrante en el cuaderno 1 del expediente digital.

contratado. La labor de celador, per se, está atada a horario y turnos, y protocolos fijados por la contratante. // En el sub examine y ante lo anterior, la coordinación, excepcionalidad, independencia y autonomía quedan abiertamente desvirtuadas, se desdibuja el contrato de prestación de servicios y sin hesitación alguna el contrato realidad se presentó, tal como quedó demostrado, del análisis integral efectuado en los apartados anteriores”.

e) Falta de autonomía e independencia

Para la Sala es claro que por su naturaleza, quien se desempeña como auxiliar de servicios generales y celador o vigilante no tiene el alcance de determinar las condiciones bajo las cuales dicha labor debe ser desempeñada, lo que desvirtúa desde todo punto de vista el factor autonomía e independencia que se predica de una relación de prestación de servicios como la que en apariencia se constituyó entre las partes en el *sub lite*.

En relación con la labor de celador, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que la misma tiene carácter de subordinada, tal como se expuso en sentencia del 30 de mayo de 2019⁴², reiterada en el fallo del 19 de enero de 2023 que se ha citado en esta providencia:

Lo anterior permite colegir que las actividades desarrolladas por el actor revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues se desempeñó por 4 años como celador de las distintas instituciones educativas, que el municipio de Pereira le asignaba, sin que lograra ser autónomo e independiente, como lo manifestó el ente territorial demandado, pues como se observa en los contratos, éste debía controlar el ingreso y salida de personas y muebles de la entidad, como otras funciones, lo señalado indica entonces, que el señor FERNANDO ELÍAS LARGO recibía órdenes de un superior, cumplía dicha actividad a través de horarios y turnos en las instituciones, es decir no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación, desdibujándose de esta manera las características propias de un contrato u orden de prestación de servicio. Ahora, bien, la Sala advierte que, si bien se encuentran probados los elementos constitutivos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, también lo es, que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, como quiera que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior⁴³.

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00431-01(0846-15).

⁴³ Cita de cita: «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.

Adicionalmente, en providencia del 12 de mayo de 2022⁴⁴, el Consejo de Estado se refirió a la subordinación tratándose de labores de celaduría, vigilancia o conserjería, indicando que:

De esta manera, bien podría entenderse que, por la esencia de las actividades a desarrollar, este tipo de objetos contractuales implican de manera inescindible el elemento de la subordinación. En tal sentido, el servicio de celaduría, vigilancia o conserjería, así contratado también se encuentra desprovisto de la transitoriedad o temporalidad que reviste una vinculación de carácter contractual.

En efecto, esta Corporación ha indicado sobre el particular lo siguiente⁴⁵:

«[...] Advierte la Sala que si una persona presta servicios como vigilante – celador resulta inadmisibile afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad.

Carecería de cualquier lógica que los servicios de vigilancia se prestaran ocasionalmente, siendo que la seguridad de la entidad puede verse afectada en cualquier momento, lo que exige la presencia continua de una persona que ofrezca y garantice la guarda de la misma.

Lo anterior permite concluir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada para tal fin, debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio. [...]». (Subrayas fuera del texto original)

De igual forma, y en anterior oportunidad, la Subsección B concluyó en punto al elemento de la subordinación en servicios de vigilancia, que⁴⁶:

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público [...].».

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 30 de mayo de 2019. Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00431-01(0846-15).

⁴⁵ Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 05001233100020040374201. Número interno: 2027-2012. Bogotá D.C., mayo 2 de 2013.

⁴⁶ Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 05001233100020040039101. Número interno: 0151-2013. Bogotá D.C., julio 10 de 2014.

«[...] En tales condiciones, dado que la actividad desarrollada por el contratista, referente al servicio de vigilancia, implicaba la subordinación y dependencia, es claro que se desvirtuó el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes y en tales condiciones hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral, al encontrarse demostrados los elementos que la configuran.[...]»

De todo lo anterior se concluye que se encuentra acreditada la subordinación del señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago como segundo elemento de la relación laboral predicada respecto del Departamento de Caldas.

3.3 Retribución

Sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴⁷ ya citada: *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”*.

Según consta en las órdenes de prestación de servicios allegadas y referidas anteriormente, el pago de los servicios prestados por el accionante se realizaría de manera mensual, previa certificación de la efectiva prestación de servicios, expedida por el respectivo directivo docente y se imputaría a la *“UNIDAD 01 – ADMINISTRACION (sic) GENERAL ORDINAL SUPERNUMERARIOS del Presupuesto del Situado Fiscal del 2.000”*.

De conformidad con los comprobantes de nómina del FER⁴⁸, se encuentra acreditado que el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago recibió los pagos mensuales acordados, así:

AÑO	MESES	CONCEPTO

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

⁴⁸ Páginas 183, 185, 197, 199, 211, 213, 225, 226, 239, 241, 253, 265, 267, 279, 281, 293, 295, 307, 309, 321, 323, 335 y 337 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

1999	Por los meses de marzo a agosto y de octubre a diciembre ⁴⁹	Sueldo Auxilio de transporte Alimentación Prima de navidad
2000	Por los meses de marzo a diciembre ⁵⁰	Sueldo vacaciones Sueldo Auxilio de transporte Alimentación Prima de navidad Prima de vacaciones Prima de servicios Bonificación por servicios prestados Bonificación recreacional
2001	Por los meses de junio a septiembre y de noviembre a diciembre ⁵¹	Sueldo de diciembre Sueldo vacaciones Sueldo Auxilio de transporte Alimentación Recargo nocturno Prima de vacaciones Horas extras nocturnas Horas extras nocturnas festivas Dominicales y festivos Prima de servicios Bonificación por servicios prestados Bonificación recreacional
2002	Por los meses de enero a noviembre ⁵²	Sueldo Auxilio de transporte Alimentación Sobresueldo celador nocturno Prima de navidad Horas extras diurnas Horas extras diurnas festivas Dominicales y festivos Prima de servicios Bonificación por servicios prestados

Para esta Sala de Decisión, el hecho que los pagos se realizaran con recursos del FER no altera o incide en el vínculo laboral que pretende configurarse a través de este medio de control, pues es claro que fue el mismo Departamento de Caldas el que expidió las respectivas OPS, y conforme lo

⁴⁹ Páginas 34 y 121 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.
⁵⁰ Páginas 35 y 122 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.
⁵¹ Páginas 36, 37, 123 y 124 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.
⁵² Página 125 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

ha señalado el Consejo de Estado⁵³, para esa época el pago de las acreencias a nivel territorial en materia de educación podía provenir directamente de las rentas exógenas –situado fiscal– cuando se sufragaban los gastos a través de los fondos educativos regionales, sin que ello implicara un cambio en la entidad nominadora.

4. Existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto

En el contexto referido y conforme con las reglas de la experiencia y de conformidad con el material probatorio allegado al expediente y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por el demandante, esta Sala de Decisión considera que en el caso concreto se demostraron los elementos propios de una relación laboral entre el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago y el Departamento de Caldas, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura de las OPS.

Al entenderse que dichas órdenes de prestación de servicios encubrieron una relación de carácter laboral entre demandante y demandada, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia de un contrato realidad sobre dichos contratos.

5. Extremos temporales por los cuales se debe reconocer relación laboral

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, se observa que el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago se desempeñó como auxiliar de servicios generales y vigilante o celador en el Instituto Universitario de Manizales por disposición expresa del Departamento de Caldas, en los períodos que se indican a continuación y por los cuales se debe reconocer la existencia de la relación laboral:

- Del 1º de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2000
- Del 26 de abril de 2001 al 31 de diciembre de 2001
- Del 2 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2002
- Del 27 de enero de 2003 al 28 de febrero de 2003

6. La prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad

En sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 nº 5 del 25 de agosto de

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 21 de junio de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04683-01(3805-14)CE-SUJ2-011-18

2016⁵⁴, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que, “(...) si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador”.

En la misma providencia referida, el Alto Tribunal precisó que “(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”.

Según quedó consignado igualmente en el fallo de unificación, el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho no se aplica frente a los aportes para pensión, “(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. // (...) en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁵⁵ tantas veces aquí referida, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de establecer un período de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término para que no se presente solución de continuidad, sin perjuicio de que se flexibilice en algunos casos en atención a las especiales circunstancias que el Juez encuentre probadas

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

dentro del expediente.

Siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas para el caso objeto de estudio, pasa la Sala a determinar si en el presente asunto hubo prescripción, para lo cual se analizará previamente si la vinculación tuvo interrupciones en el tiempo superiores a 30 días hábiles, así:

PERÍODOS DE VINCULACIÓN			
Nº	OPS nº	INICIO	FINAL
1	209 del 31 de diciembre de 1999	1º de enero de 2000	31 de diciembre de 2000
INTERRUPCIÓN: 78 días hábiles (del 1º de enero al 25 de abril de 2001) CON SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
2	204 del 26 de abril de 2001	26 de abril de 2001	31 de diciembre de 2001
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles (del 1º de enero de 2002) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
3	70 del 2 de enero de 2002	2 de enero de 2002	31 de diciembre de 2002
INTERRUPCIÓN: 16 días hábiles (del 1º al 26 de enero de 2003) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
4	155 del 27 de enero de 2003	27 de enero de 2003	28 de febrero de 2003

Según el anterior cuadro, este Tribunal considera que para el presente caso y con ocasión de los 78 días hábiles que transcurrieron entre la OPS nº 209 del 31 de diciembre de 1999 y la nº 204 del 26 de abril de 2001, se generó una interrupción en la prestación del servicio que implica la existencia de una solución de continuidad por el período comprendido entre el 1º de enero y el 25 de abril de 2001. Lo anterior, en tanto en ese evento se excedieron los 30 días hábiles establecidos como límite para determinar que se presenta una solución de continuidad.

Al tratarse de una vinculación que tuvo una interrupción en el tiempo de servicio, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización de cada uno de los períodos laborados, que en este caso se tomarán en bloque por aquellos que se entienden prestados en continuidad, así:

PERÍODO DE VINCULACIÓN	FECHA DE PRESCRIPCIÓN
Del 1º de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2000	1º de enero de 2004
Del 26 de abril de 2001 al 28 de febrero	1º de marzo de 2006

de 2003	

Dado que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue presentada ante la entidad demandada el 7 de febrero de 2015⁵⁶, la Sala observa que se configuró el fenómeno procesal de la prescripción extintiva respecto de todos los períodos laborados, en la medida en que, después de la finalización de las referidas OPS, la parte actora no presentó la reclamación dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que respecta a los aportes pensionales, los cuales, según se indicó anteriormente, son imprescriptibles.

7. Restablecimiento del derecho

Tal como se indicó, para este Tribunal existió una relación laboral encubierta entre el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago y el Departamento de Caldas, lo que significa que la Sala concuerda con el Juez de primera instancia en el sentido que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo atacado y, en consecuencia, declarar la existencia de un contrato realidad entre las partes.

Ahora bien, este Tribunal advierte que le asiste razón a la entidad recurrente cuando manifiesta que el Juzgado de primera instancia reconoció la existencia de la relación laboral encubierta por un término que no coincide con las fechas de inicio y finalización de cada OPS. En ese sentido, se modificará la parte resolutive de la providencia apelada, para en su lugar, disponer que el período que abarca la relación laboral configurada comprende entre el 1º de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2000, el 26 de abril de 2001 y el 31 de diciembre de 2001, el 2 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2002, y el 27 de enero de 2003 y el 28 de febrero de 2003.

Coincide el Tribunal con el Juez *a quo* en que en este caso no procede ordenar como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta del Departamento de Caldas, como quiera que se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva.

Concuerda además la Corporación en lo que respecta al pago de los aportes a pensiones, ya que éstos son imprescriptibles. Sin embargo, se modificarán los períodos a reconocer, atendiendo igualmente la precisión hecha en torno a las fechas en las cuales se demostró la existencia de una relación laboral.

⁵⁶ Páginas 17 a 19 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas, como quiera que no advierte que las mismas se hubieren causado, teniendo en cuenta que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandante en esta instancia, y tampoco se presentaron alegatos de conclusión que justificaran las 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. MODIFÍCASE el ordinal segundo de la sentencia del treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Francisco Emilio Loaiza Buitrago contra el Departamento de Caldas, **en el sentido** que la declaratoria de existencia de la relación laboral encubierta entre las partes procede por los períodos comprendidos entre el 1º de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2000, el 26 de abril de 2001 y el 31 de diciembre de 2001, el 2 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2002, y el 27 de enero de 2003 y el 28 de febrero de 2003; lapsos respecto de los cuales se debe realizar el pago de aportes a pensión en los términos ordenados por el Juez *a quo*.

Segundo. En lo demás, **CONFÍRMASE** el fallo objeto de apelación.

Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

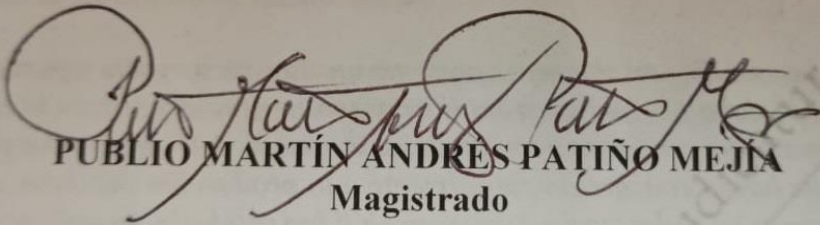
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

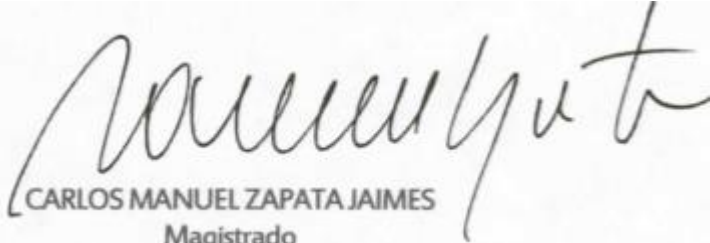
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 139
FECHA: 14/08/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:131

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00020-02
Demandante:	Luz Vivian Arcila Franco
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Luz Vivian Arcila Franco 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 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-292 del 8 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.

Contestó la demanda de manera extemporánea.

Departamento de Caldas:

Expresó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refirió que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explicó que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Propuso las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”.

LA SENTENCIA APELADA

El 29 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 34, 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 36, 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 14 de junio de 2023, y allegado el 22 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 22 de junio 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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

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

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 \$5.263.172,00; intereses a las cesantías \$454.062, 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 292 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 Página 71, archivo 02 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 Primero 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 Primero 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 Luz Vivian Arcila Franco 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.

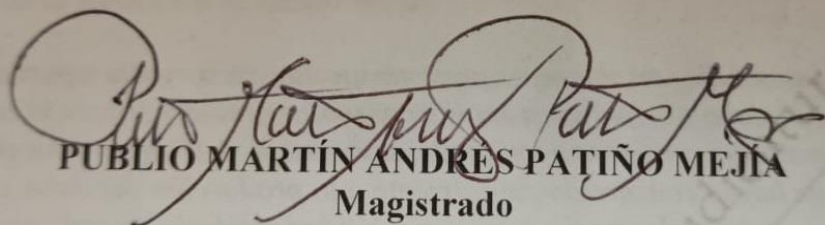
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

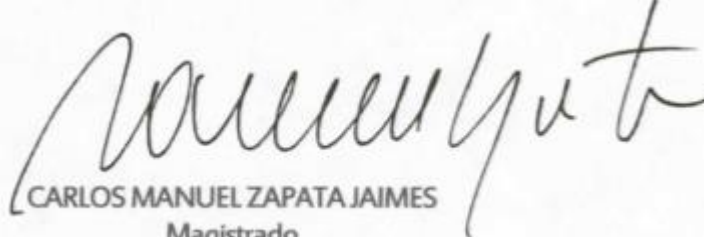
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:130

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00028-02
Demandante:	Rodrigo Giraldo 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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Rodrigo Giraldo 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 02 de febrero 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-337 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 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

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: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas (archivo 15, C.1):

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 17 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 26, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha

posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

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 29, 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 2 de junio de 2023, y allegado el 05 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de junio 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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

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

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 acarrearán 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. 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.

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

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 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

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)

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 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*

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)

*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 desde el año 2001.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.586.239,00; e intereses a las cesantías por valor de \$640.086,00, 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-337 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.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 74, archivo 02 exp. digital.

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 Primero 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

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).

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Rodrigo Giraldo 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.

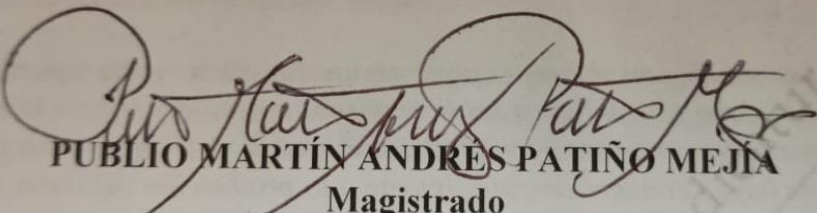
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

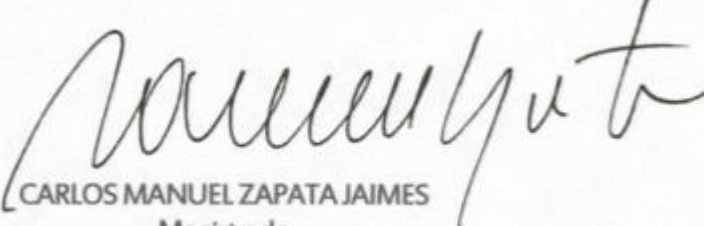
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:129

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00095-02
Demandante:	José Mauricio Taborda Carmona
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 José Mauricio Taborda Carmona 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 16 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-263 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 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

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 (Archivo 10, 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: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas (archivo 12, C.1):

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 17 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 22, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha

posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

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 24, 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 14 de junio de 2023, y allegado el 22 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 22 de junio 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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

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

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. 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.

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

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 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

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)

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 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*

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)

*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.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$2.914.119,00; e intereses a las cesantías por valor de \$247.871,00, 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-263 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.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 74, archivo 02 exp. digital.

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 Primero 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

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).

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 José Mauricio Taborda Carmona 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.

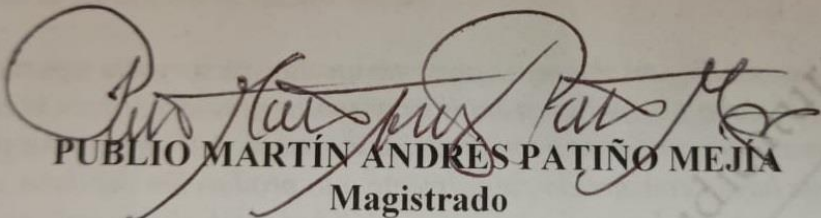
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

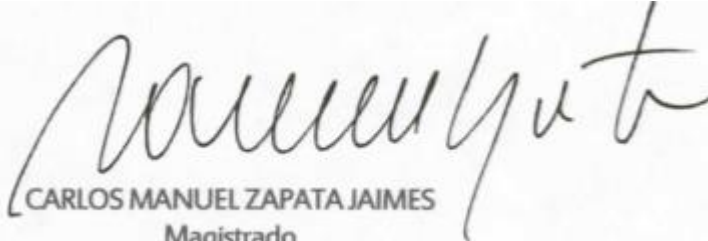
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:128

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-31-33-001-2022-00098-02
Demandante:	Carolina Bastos Bedoya
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Carolina Bastos Bedoya 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 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-435 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: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Expresó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refirió que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del

cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explicó que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Propuso las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”.

LA SENTENCIA APELADA

El 31 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 29, 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 31, 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 23 de junio de 2023, y allegado el 28 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de junio 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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

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

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. 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 \$7.539.699,00; intereses a las cesantías \$958.927, 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-435 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 Página 73, archivo 02 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 Primero 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 treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Carolina Bastos Bedoya 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.

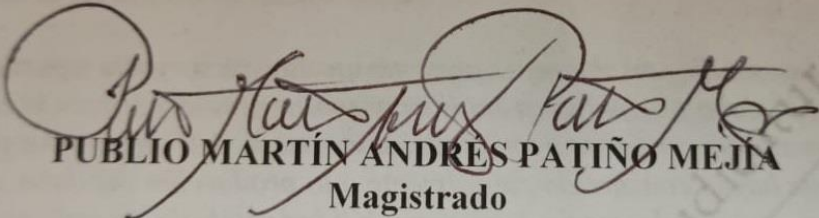
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

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).

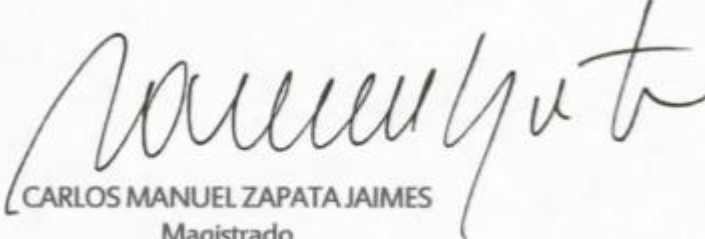
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 139
FECHA: 14/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:127

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00099-02
Demandante:	Aleida García Villalobos
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Aleida García Villalobos 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 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-176 del 8 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.

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas:

Expresó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refirió que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley o Conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explicó que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Propuso las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”.

LA SENTENCIA APELADA

El 17 de marzo de 2023, el Juzgado Primero 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 14 de junio de 2023, y allegado el 22 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 22 de junio 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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

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

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 \$4.053.223,00; intereses a las cesantías \$660.854, 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 176 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 Página 71, archivo 02 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 Primero 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 diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Aleida García Villalobos 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.

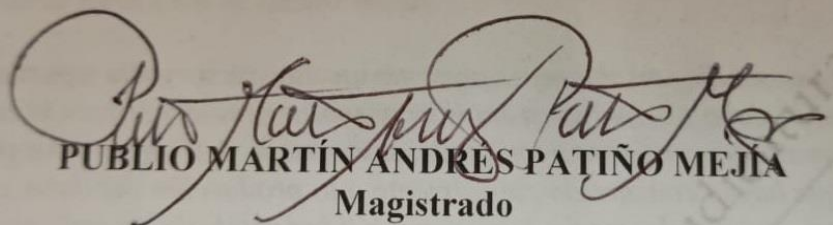
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

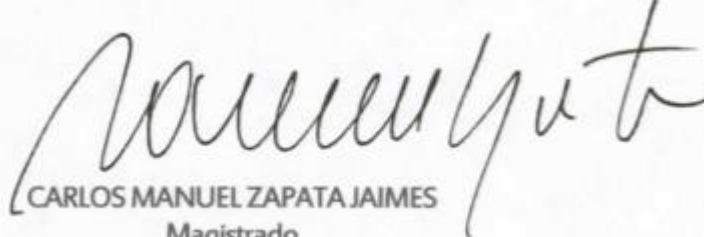
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:126

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00108-02
Demandante:	Lucy Janeth Builes Vásquez
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Lucy Janeth Builes Vásquez 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 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-337 del 8 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: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Expresó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Refirió que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del

cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Explicó que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo, mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FOMAG. Los recursos para el pago de prestaciones de docentes materialmente no ingresan a las arcas del Departamento de Caldas mes a mes. La destinación de estos recursos referente a aportes y otras prestaciones sociales, ingresan directamente al administrador del fondo en este caso La Fiduprevisora S.A.

Propuso las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe” e “Inexistencia de la obligación”.

LA SENTENCIA APELADA

El 17 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 24, 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 26, 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 14 de junio de 2023, y allegado el 22 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 22 de junio 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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

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

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. 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 \$5.096.649,00; intereses a las cesantías \$359.756, 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-337 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 Página 74, archivo 02 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 Primero 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 diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Lucy Janeth Builes Vásquez 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.

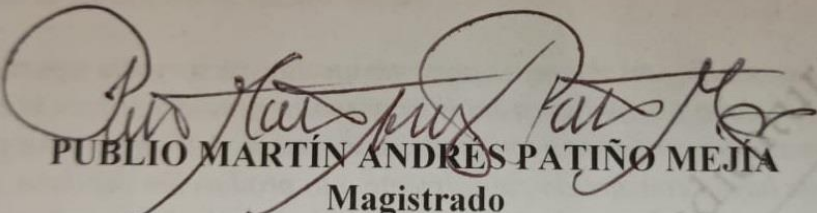
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

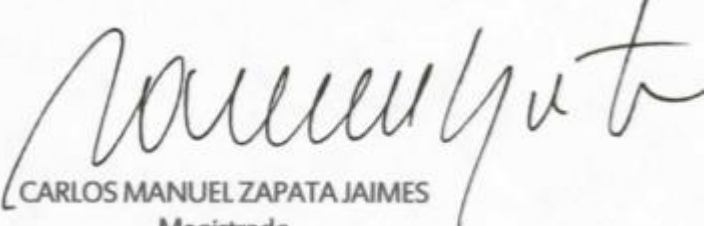
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

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).

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. 139
FECHA: 14/08/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:132

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00120-02
Demandante:	Gladis María Escobar Gutiérrez
Demandado:	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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir los recursos de apelación interpuestos por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas contra la sentencia del siete (7) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gladis María Escobar Gutiérrez contra las entidades recurrentes.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 1 de abril de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 23 de marzo de 2021, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevé la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de las cesantías.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria referida.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando el pago de la misma se hizo efectivo.
4. Que se ordene a la parte demandada el pago de intereses en los términos del artículo 195 del CPACA.
5. Que se ordene a la demandada a dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. Dado que la parte accionante laboró como docente, el 8 de noviembre de 2019 radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.
2. Con Resolución nº 7747-6 del 11 de diciembre de 2019, le fue reconocida a la parte demandante la cesantía solicitada; la cual fue pagada el 16 de octubre de 2020.
3. El plazo para cancelar la cesantía requerida vencía el 5 de marzo de 2020, pero esto sólo se realizó el 16 de octubre de 2020, transcurriendo así 225 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago.
4. La parte accionante solicitó ante la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas el reconocimiento y pago de la sanción

moratoria; petición que fue atendida desfavorablemente a través del acto demandado.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 91 de 1989: artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, la entidad responsable insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

No radicó contestación a la demanda de acuerdo con lo dispuesto en el archivo 09 del cuaderno uno.

Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Indicó que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del

Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas.

Propuso como medios exceptivos: ***“CUMPLIMIENTO DE TERMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”***; expresando que el procedimiento que se debe surtir ante las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas para obtener el reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que la solicitud de cesantía está bajo el régimen contemplado en la Ley 1955 de 2019, artículo 57; ***“BUENA FE”*** con fundamento en que en el presente asunto de presentarse los presupuestos para declararse obligación alguna a cargo del Departamento, existen circunstancias eximentes de tal responsabilidad, como quiera, que de acuerdo al trámite establecido en la Ley, en los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de los docentes, el Departamento de Caldas, siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley; y ***“PRESCRIPCION”*** en caso de acceder a las suplicas de la demanda, le solicito con todo respeto Señor Juez, se sirva aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

LA SENTENCIA APELADA

El 7 de diciembre de 2022, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 17, C.1), accediendo a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Explicó que la administración a partir del momento de radicación de la solicitud de las cesantías parciales o definitivas, dispone del término de quince días hábiles para emitir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, y una vez en firme, tiene el plazo de cuarenta y cinco días adicionales para realizar el pago, so pena de causar la sanción moratoria de la ley 244 de 1995 adicionada por la ley 1071 de 2006; empero, en caso de que el acto administrativo no sea expedido en el mencionado término legal, los términos de su ejecutoria y de pago serán computados como si aquel hubiese sido proferido en término.

Refirió que los docentes del sector público cuentan con una regulación especial en materia de cesantías prevista la ley 91 de 1989 que no contempla expresamente dentro de su articulado la sanción moratoria por su pago extemporáneo. No obstante, es de considerarse que las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 fijan los términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, que en términos del artículo 123 de la Constitución Política, son *“los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y*

trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, clasificación que acoge a los docentes del sector público como servidores del Estado; por tanto, si las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 contienen unas claras sanciones en cabeza de “la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías”, sin hacer una exclusión respecto del sector docente, se colige que estas disposiciones le son aplicables a este sector.

Encontró acreditado que la señora Gladis María Escobar Gutiérrez solicitó el pago de las cesantías el día 28/11/2019 y el Departamento de Caldas emitió el acto administrativo de reconocimiento el día 11/12/2019. (fl. 20 archivo 02).

Afirmó que el acto de reconocimiento de las cesantías fue notificado personalmente el 16/12/2019 (fl. 11 archivo 06), es decir, al doce día hábil siguiente a la presentación de la solicitud, por tanto, el acto fue notificado incluso antes del término límite para su expedición. El acto quedó ejecutoriado el 31/12/2019.

Explicó que el acto administrativo fue remitido por la Secretaría al Fondo para efectos de pago el día 7 de enero de 2020, es decir, al tercer día hábil siguiente a su ejecutoria. Por lo tanto, de los días de mora que resulten en este caso, se condenará a la Secretaría de Educación Departamental de Caldas a pagar el valor de 6 días de sanción moratoria, habida cuenta que lo legalmente procedente es enviar el acto para su pago al día siguiente de su ejecutoria y los días de sanción moratoria corresponden a días calendario.

Adujo que los 45 días que tenía el Fondo para pagar, luego de estar notificado y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, vencieron el día 05/03/2020 y según el certificado visible a folios 23 de los anexos de la demanda (archivo 02) el dinero fue puesto a disposición para el pago el día 16/10/2020, por lo que se generaron 224 días de mora de los cuales 218 están a cargo del FNPSM.

Finalmente condenó en costas a la parte accionada.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Nación Ministerio de Educación Nacional -Fomag

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG 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.

Solicitó revocar la sentencia por cuanto no está llamada a reconocer las sumas solicitadas por la parte actora y en todo caso no se prueba que la demora del pago las cesantías, haya sido por su culpa.

Expresó que de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, los recursos del Fomag solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios.

Adujo que no podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fomag y la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag.

Departamento de Caldas

La entidad territorial radicó recurso de apelación contenido en el archivo 21 del expediente digital, en el que indicó que la Resolución No. 7747-6 del 11 de diciembre de 2019, quedó ejecutoriada el día 07 de enero de 2020, y remitida para pago el mismo 07 de enero de 2020, por lo que la entidad territorial, Departamento De Caldas no incurrió en mora, ni en incumplimiento de los términos legales.

Adujo que la sentencia de primera instancia indicó al resolver el caso concreto que la mencionada resolución quedó ejecutoriada el 31 de diciembre de 2019, situación que en su criterio no es cierta por cuanto la Secretaría General de la Gobernación de Caldas comunicó la circular S.G. 033 del 07 de noviembre de 2019 en la que informa que los días 23 y 24 de diciembre de 2019 no habría servicio; razón por la cual los días de ejecutoria se corrieron estos dos días y el acto quedó ejecutoriado el día 07 de enero, tal como está expreso en el acto administrativo.

Explicó que si el acto administrativo debió quedar ejecutoriado el día 31 de diciembre de 2019, el mismo fue remitido para pago el día 07 de enero de 2020, por lo que considera que se envió dentro de un término prudencial, expedido, eficaz y eficiente para que el FOMAG disponga el pago correspondiente.

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 24 de febrero de 2023, y allegado el 02 de marzo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 02 de marzo de 2022 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 20 de abril de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2).

Esta Sala de decisión el 14 de julio de 2023 decretó prueba de oficio con el fin de obtener certificación del pago realizado a la señora Gladys María Escobar Gutiérrez, con ocasión de lo dispuesto en la Resolución nº 007747-6 del 11 de diciembre de 2019, en la que se indique la fecha inicial en la cual el dinero por concepto de cesantías quedó a disposición de la parte actora.

Una vez aportada la prueba de oficio decretada por el Tribunal, de la misma se corrió traslado a las partes sin que emitieran pronunciamiento en esa oportunidad.

El 10 de agosto el proceso ingresó nuevamente a Despacho para sentencia, 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 los recursos de apelación interpuestos por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y el Departamento de Caldas contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero 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:

¿En qué fechas se causó la sanción por mora en el pago de las cesantías?

¿Cuál es la entidad que debe asumir el pago de la sanción moratoria generada en el trámite de pago de las cesantías a la parte actora en el presente asunto?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Entidad obligada al pago de la sanción moratoria; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) El 28 de noviembre de 2019, la señora Gladis María Escobar Gutiérrez solicitó el reconocimiento y pago de cesantía parcial, correspondiente a los servicios prestados como docente³.
- b) Por Resolución nº 7747-6 del 11 de diciembre de 2019⁴, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció cesantía parcial a favor de la parte accionante.
- c) El citado acto administrativo fue notificado a la parte actora de manera personal el 16 de diciembre de 2020⁵.
- d) De conformidad con el comprobante de pago obrante en el expediente, la parte actora retiró sus cesantías el 16 de octubre de 2020⁶ por

³ Página 20 del archivo nº02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Página 20 del archivo nº02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Página 22 del archivo nº02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Página 27 del archivo nº02 del cuaderno 1 del expediente digital.

reprogramación de pago, sin embargo, el dinero había quedado a su disposición desde el 20 de marzo de 2020⁷.

- e) El 23 de diciembre de 2020, la parte accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria⁸.
- f) La entidad accionada no profirió acto expreso negando la petición presentada por la parte accionante.

2.- Sobre la sanción por mora en el pago de las cesantías

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018⁹, el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que*

⁷ Página 3 del archivo n°16 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Páginas 24 y 25 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original del texto).

En la sentencia mencionada, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado resumió en un cuadro la siguiente explicación en torno a la manera de computar la sanción moratoria:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹¹⁸	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto se advierte que la demandante Gladis María Escobar Gutiérrez solicitó el pago de las cesantías el día 28 de noviembre de 2019 y el Departamento de Caldas emitió el acto administrativo de reconocimiento el día 11 de diciembre de 2019.

Así mismo, que el acto de reconocimiento de las cesantías fue notificado

personalmente el 16 de diciembre de 2019 (fl. 11 archivo 06), antes del término límite para su expedición, por lo que quedó ejecutoriado el 31 de diciembre de 2019.

Se demostró igualmente que el acto administrativo fue remitido por la Secretaría de Educación Departamental al Fondo para efectos de pago el día 7 de enero de 2020.

También se acreditó que según el certificado visible a folio 23 de los anexos de la demanda (archivo 02) el dinero fue puesto a disposición para el pago el día 16 de octubre de 2020 por reprogramación de pago, sin embargo, el dinero había quedado a su disposición desde el 20 de marzo de 2020¹⁰.

Sobre el argumento del Departamento de Caldas relacionado con la aplicación en este asunto de la circular S.G. 033 del 07 de noviembre de 2019 en la cual la Gobernación de Caldas informó que los días 23 y 24 de diciembre de 2019 no habría servicio en dicha entidad por una compensación previa permitida a los funcionarios de la entidad territorial, lo que criterio del apoderado del Departamento permitía descontar esos días del plazo para remitir el acto administrativo al Fondo, la Sala concluye que dicha interpretación no tiene fundamento legal y en todo caso el ciudadano no tiene el deber de soportar la carga que impone la administración con ese tipo de modificaciones en el horario laboral y de atención a la ciudadanía.

En efecto, el mencionado documento no contiene una suspensión de términos en la administración departamental, sino que regula el horario de sus funcionarios y de atención al público, circunstancia que no puede impactar en los términos que debe cumplir la entidad demandada en el ejercicio de sus funciones.

De otra parte, sobre el término prudencial que alega al apoderado de la entidad territorial para remitir el acto administrativo al Fondo, la Sala primera de decisión de esta Corporación¹¹ en providencia del 15 de junio del presente año indicó lo siguiente respecto de la aplicación del Decreto 2831 de 2005 expresó lo siguiente:

“Así las cosas, el Decreto 2831 de 2005 no puede ser aplicado en el trámite de

¹⁰ Página 3 del archivo n°16 del cuaderno 1 del expediente digital. Así mismo, de acuerdo con la prueba de oficio decretada por la Sala de decisión y que obra en el archivo 09 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. SALA PRIMERA DE DECISIÓN MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES, radicado: 17-001-33-33-006-2021-00226-02.

reconocimiento de las cesantías, en virtud de la excepción de ilegalidad, lo que significa que la resolución de reconocimiento de cesantías debió ser enviada a la Fiduprevisora inmediatamente quede ejecutoriada para así proceder al pago, tal como quedó plasmado en la sentencia de unificación, la cual explicó la manera como se computa el término de los 45 días que tiene el Fondo de Prestaciones para realizar el pago, el cual comienza a continuación de la ejecutoria, lo que denota que la tardanza en el envío de la resolución afecta el tiempo establecido para el pago de las cesantías reconocidas.

Precisado lo anterior, en el caso concreto se observa que la reclamación y reconocimiento de cesantías de la parte actora se dio en los siguientes términos:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	28/11/2019
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	19/12/2019
Emisión acto administrativo	11/12/2019
Notificación acto administrativo	16/12/2019
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (artículos 76 y 87 del CPACA)	31/12/2019
Vencimiento del término para enviar acto administrativo al Fondo	01/01/2020
Envío del administrativo al Fondo	07/01/2020
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	05/03/2020
Fecha de pago	20/03/2020
Periodo de mora	06/03/2020 al 19/03/2020
Total días de mora	14

Días de mora a cargo del Departamento de Caldas	6
Días de mora a cargo del Ministerio	8

Ahora, la parte actora considera que el pago realizado el 20 de marzo de 2020 no debe tenerse en cuenta como límite para establecer el periodo de mora, en tanto la entidad no informó del mismo a la docente demandante, motivo por el cual solicita tener como día límite del reconocimiento el 16 de octubre de 2020 por ser la fecha en que la entidad puso a disposición el dinero de las cesantías en la entidad bancaria.

En criterio de este Tribunal, dicha situación debe analizarse teniendo en cuenta que según certificación emitida por el Ministerio de Educación Nacional, el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la parte actora el 20 de marzo de 2020, destacando que debido a que el dinero no fue cobrado en esa fecha, se reprogramó como nueva fecha para el cobro el 16 de octubre de 2020.

En relación con lo anterior considera la Sala que la reprogramación del pago de las cesantías no puede ser tenida en cuenta como periodo de mora atribuible a título de sanción contra la entidad demandada ya que se acreditó el cumplimiento de la obligación el día 20 de marzo de 2020. Sobre la última fecha mencionada obra certificado en respuesta a la prueba de oficio decretada por esta Sala de decisión.

Al respecto se debe afirmar que, era carga de la parte demandante haber demostrado la gestión diligente en el cobro de las cesantías y en la consulta ante la entidad demandada y bancaria, más teniendo en cuenta que al ser una sanción debe quedar demostrado que la imposibilidad del cobro efectivo obedeció a circunstancias imputables a la parte demandada, carga que en el presente asunto no se cumplió por el demandante.

Aunado a lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha manifestado que, el cumplimiento del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se consuma con la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente para su pago en ventanilla, toda vez que en cabeza del interesado está la carga de verificar si el monto dinerario se encuentra disponible para su retiro:

*“En lo referente al pago de las **cesantías del 10 de agosto de 2011** en el **banco BBVA** de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó*

que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de \$3.803.658; no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.

Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al FOMAG, ni a la Fiduprevisora S.A.

*Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; **las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.***

Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos que maneja el FOMAG. (...)”¹²

Y Posteriormente resaltó que el retiro de las cesantías no constituye el hito temporal final de la sanción moratoria:

*“30. De lo expuesto, la Sala de decisión observa que de acuerdo con la fecha en que se radicó la solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a construcción de vivienda, la sanción moratoria se causó desde a partir del 7 de febrero de 2013, esto es, al día siguiente del vencimiento de los 70 días hábiles con que contaba la administración para el reconocimiento y pago de la prestación aludida, **hasta el 30 de mayo de 2013, día anterior en que se hizo efectivo el pago de la suma reconocida conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, toda vez que el pago por el valor total reconocido tuvo lugar el 31 de mayo de 2013, tal como se evidencia del certificado expedido en por***

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 15 de junio de 2017. Rad.: 2013-00156 (2159-14).

*la Fiduprevisora, pues el hecho de que el actor haya retirado la suma correspondiente hasta el 14 de abril de 2014, no conlleva a que la penalidad se causó hasta ese momento, pues la ley establece «hasta que se haga efectivo el pago», lo cual ocurrió en el 2013”.*¹³

Los pronunciamientos citados permiten inferir que el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el FOMAG pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la entidad bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin¹⁴. Por ende, el FOMAG no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.

Además, la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente no es en sí misma un acto administrativo que por tanto deba ser notificado al interesado para que surta sus efectos, simplemente es un trámite que realiza la entidad, dando cumplimiento al acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra necesario modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer el periodo de mora en el pago de la cesantía entre el día 06 de marzo de 2020 al 19 de marzo de 2020 (14 días) y no como lo había determinado la juez de primera instancia en un total de 224 días.

3.- Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 expresaba que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 28 de marzo de 2019. Rad.: 68001-23-33-000-2016-00495-01(2804-18)

¹⁴ “(...) ¿Dónde puede consultar el pago de una prestación?

Puede conocer el estado de la prestación ingresando a la página del Fomag (www.fomag.gov.co) con su usuario y contraseña o descargando la aplicación Fomag en su dispositivo móvil en el link estado prestaciones y verificar si se encuentra en estado pagado. (...)” Ver: <https://www.fomag.gov.co/preguntas-frecuentes/>.

administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹⁵ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019¹⁶ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

¹⁶ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Negrilla de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Ahora, el Decreto 942 de 2022 "Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones" dispuso:

"ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez

ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

(...)

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.*

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

En el presente asunto la Nación - Ministerio de Educación – Fomag expresa en el recurso de apelación que de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, los recursos del Fomag solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios y que no podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fomag.

Agregó que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag.

Sobre este punto la Sala encuentra que en el fallo de primera instancia se indicó lo siguiente:

“El acto administrativo fue remitido por la Secretaría al Fondo para efectos de pago el día 7 de enero de 2020, es decir, al tercer día hábil siguiente a su ejecutoria. Por lo tanto, de los días de mora que resulten en este caso, se condenará a la Secretaría de Educación Departamental de Caldas a pagar el valor de 6 días de sanción moratoria, habida cuenta que lo legalmente procedente es enviar el acto para su pago al día siguiente de su ejecutoria y los días de sanción moratoria corresponden a días calendario”.

Este Tribunal comparte el anterior argumento en relación con la responsabilidad del Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional en este asunto al encontrar probado en el expediente los supuestos del mismo (archivos 02 y 06 exp. digital).

En tal sentido, se concluye que los 45 días que tenía el Fondo para pagar luego de encontrarse notificado y ejecutoriado el acto de reconocimiento de cesantías, vencieron el 5 de marzo de 2020.

Ahora, dado que el pago se efectuó el 20 de marzo de 2020 y no el 16 de octubre de 2020 como lo concluyó la juez de primera instancia, se generaron 14 días de mora, los cuales, valga indicar, deben ser asumidos por la Nación - Ministerio de Educación – Fomag y el Departamento de Caldas en tanto la entidad territorial no cumplió con su deber de remitir al Fondo el acto administrativo debidamente ejecutoriado al día siguiente a su ejecutoria.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se

puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el parágrafo transitorio de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es obstáculo para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece que *“La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”*.

Al advertirse que la entidad responsable del pago de la sanción moratoria en el presente asunto concuerda con lo establecido en primera instancia, el Tribunal confirmará la sentencia recurrida en este sentido, pero modificará los días de mora reconocidos en el caso concreto.

4.- Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación y el Departamento de Caldas son las entidades obligadas a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento y liquidación de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser modificada.

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 Estado¹⁷, 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. MODIFÍCASE en lo pertinente a este caso, el ordinal sexto de la sentencia del siete (7) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gladis María Escobar Gutiérrez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas, el cual quedará así:

Caso 10 (Rad. 2022-00120): LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- pagará a la demandante Gladis María Escobar Gutiérrez la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, en razón de ocho (08) días de sanción mora, mientras que la Secretaría de Educación Departamental de Caldas le pagará la sanción moratoria en razón de 6 días de mora, que se calcularán con la asignación básica devengada en el año 2020.

Segundo. CONFÍRMASE en lo demás la sentencia objeto de apelación.

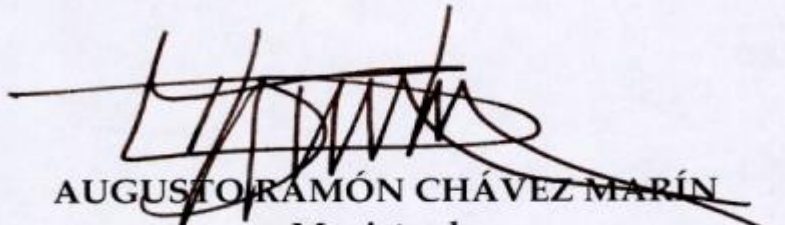
¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Tercero. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

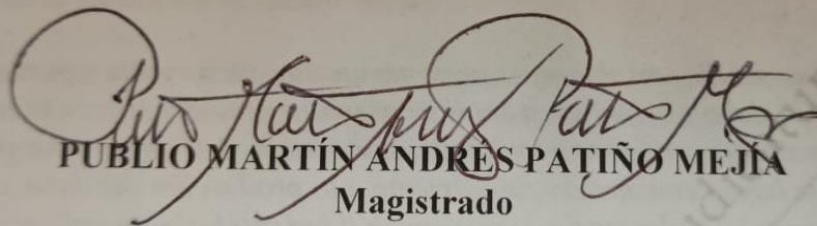
Cuarto. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



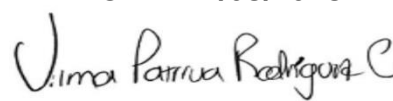
AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 139
FECHA: 14/08/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:125

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00304-02
Demandante:	Yesid Novoa Bravo
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Yesid Novoa Bravo 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 16 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 ficto configurado el 10 de diciembre de 2021, 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 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

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 06, 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: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas (archivo 10, C.1):

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 17 de marzo de 2023, el Juzgado Primero 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.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha

posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

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 15 de junio de 2023, y allegado el 23 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 23 de junio 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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.

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

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. 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.

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".

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 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

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)

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:

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*

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)

*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.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$2.928.274,00; e intereses a las cesantías por valor de \$198.465,00, 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, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado al 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

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 74, archivo 02 exp. digital.

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 Primero 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 diecisiete (17) de marzo de dos mil

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).

veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero 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 Yesid Novoa Bravo 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.

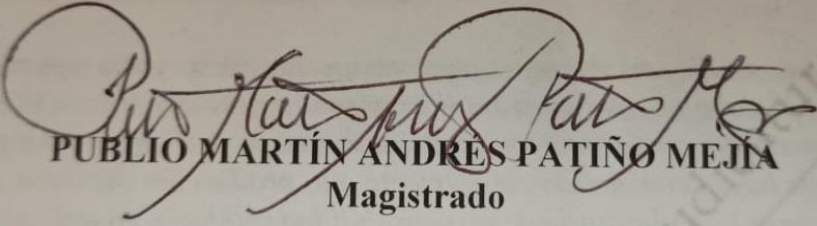
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

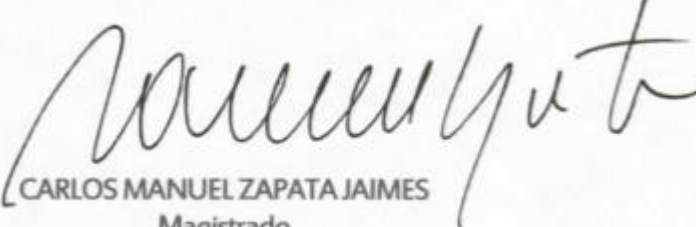
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:124

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2022-00017-02
Demandante:	Luis Alfredo Gómez Parra
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del seis (06) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto 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 Alfredo Gómez Parra 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 25 de enero 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-282 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 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

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 10, 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: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas (archivo 14, C.1):

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 06 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 29, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha

posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

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 31, 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 15 de junio de 2023, y allegado el 23 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 23 de junio 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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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

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

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. 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.

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

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 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

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)

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 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*

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)

*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.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.444.400,00; e intereses a las cesantías por valor de \$1.026.765,00, 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-282 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.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 23, archivo 04, C.1, exp. digital.

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 Sexto 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

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).

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del seis (06) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto 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 Alfredo Gómez Parra 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.

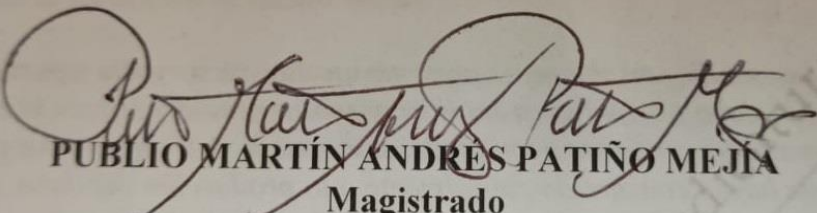
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

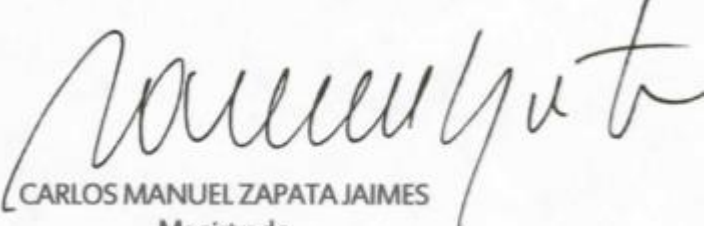
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:123

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2022-00104-02
Demandante:	María Leticia López Zuluaga
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°041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto 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 María Leticia López Zuluaga 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 25 de enero de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

Pretensiones

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-302 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 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

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 (Archivo 10, 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: *“Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas (archivo 14, C.1):

Radicó respuesta a la demanda de manera extemporánea.

LA SENTENCIA APELADA

El 14 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 29, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta

el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

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 31, 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 22 de junio de 2023, y allegado el 23 de junio del mismo año

al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 23 de junio 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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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:

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

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$2.655.903,00; e intereses a las cesantías por valor de \$272.266,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 23, archivo 04, C.1, 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 NOM-302 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 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 Sexto 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 catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto 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 María Leticia López Zuluaga 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.

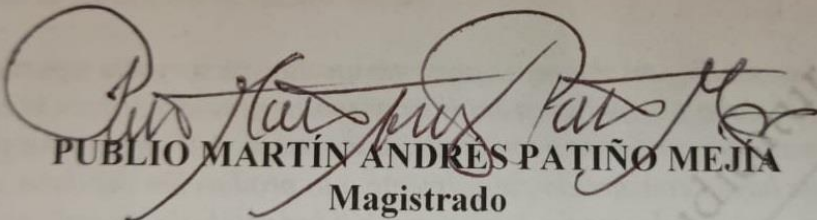
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

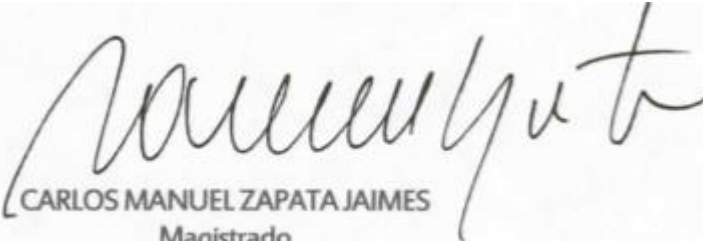
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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).


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 139
FECHA: 14/08/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:122

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2022-00175-02
Demandante:	Francy Yaneth Gómez Zuluaga
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 nº041 del 11 de agosto de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto 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 Francy Yaneth Gómez Zuluaga 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 6 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 administrativo contenido en el oficio NOM-690 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 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

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 08, 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: *“Inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas (archivo 14, C.1):

La responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y ante la certeza de Ley, no hace necesaria la vinculación del DEPARTAMENTO DE CALDAS al presente proceso. En este mismo orden de ideas, me permito indicar que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. Este régimen excepcional se encuentra establecido en la Ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las Leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras. Lo expuesto por la parte actora es cierto en el sentido de que se debe aplicar la Ley

91 de 1989, al ser este el régimen excepcional para los docentes y allí no está consagrada la INDEMNIZACIÓN MORATORIA, entonces mal haría señor Juez en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado.

LA SENTENCIA APELADA

El 08 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 18, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora

establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

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 20, 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 21 de junio de 2023, y allegado el 23 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 23 de junio 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 Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, 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;

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

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. 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

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)

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**.

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.

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 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 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*

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)

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.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$2.655.903,00; e intereses a las cesantías por valor de \$396.932,00, 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-690 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

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 23, archivo 04, C.1, exp. digital.

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 Sexto 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 ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto 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 Francly Yaneth Gómez Zuluaga contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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).

Segundo. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

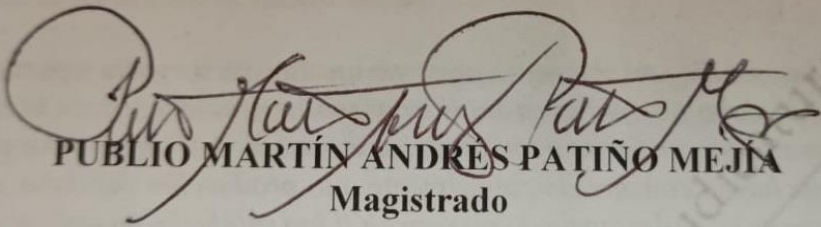
Tercero. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

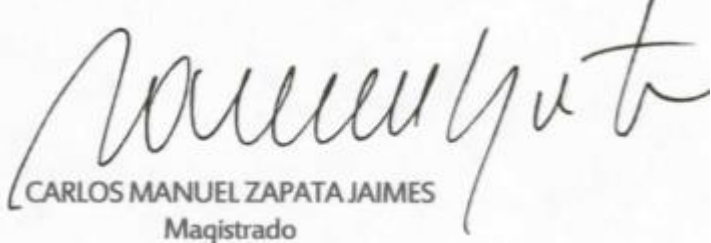
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 139
FECHA: 14/08/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 240

Asunto: Resuelve apelación contra auto – Confirma
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
(Lesividad)
Radicación: 17001-33-39-008-2022-00187-02
Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones
(COLPENSIONES)
Demandado: Gabriel Mosquera Cardona

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta
nº041 del 11 de agosto de 2023**

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el literal h) del numeral 2 del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, en concordancia con el numeral 5 del artículo 243 *ibidem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó medida cautelar en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Demanda

El 29 de julio de 2022², obrando a través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)³ instauró demanda contra el señor Gabriel Mosquera Cardona⁴, con el fin de obtener

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo nº 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ En adelante, COLPENSIONES.

⁴ Páginas 1 a 31 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución nº SUB 38789 del 24 de abril de 2017, con la cual la entidad demandante reliquidó la pensión de vejez reconocida a favor de la parte accionada.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó que se ordene al señor Gabriel Mosquera Cardona reintegrar las sumas recibidas por concepto de la diferencia de las mesadas pagadas, más aquellas que se continúan pagando, retroactivo, recibidos de forma irregular con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez en cuantía superior a la correspondiente.

Finalmente, la entidad accionante reclamó el pago de la indexación e intereses a que hubiera lugar, así como la condena en costas.

Como fundamento fáctico de la demanda, se expuso lo siguiente⁵:

1. Con Resolución nº 4407 del 26 de junio de 2008, el Instituto de Seguros Sociales (ISS)⁶ reconoció pensión de vejez a favor del señor Gabriel Mosquera Cardona, en cuantía de \$1'057.530, efectiva a partir del 1º de julio de 2008, bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta 1.899 semanas, aplicando una tasa de reemplazo del 90%.
2. Mediante Resolución nº SUB-38789 del 24 de abril de 2017, COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez, en cuantía de \$1'300.242, efectiva a partir del 1º de abril de 2014, en razón a la prescripción, bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta 1.914 semanas, y aplicando una tasa de reemplazo del 90%.
3. El 26 de noviembre de 2021, el señor Gabriel Mosquera Cardona solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, con el promedio de salarios cotizados durante toda la vida laboral, por haber cotizado más de 1.250 semanas.
4. El demandado acredita un total de 13.466 días laborados, correspondientes a 1.923 semanas; nació el 11 de mayo de 1948; y actualmente cuenta con 73 años de edad.
5. Al realizar la liquidación de la prestación reconocida, el IBL asciende a \$1'299.668 para el año 2014.
6. El accionado cumple los requisitos para dos tipos de pensión, siendo

⁵ Páginas 3 a 7 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ En adelante, ISS.

aplicada por favorabilidad la del Decreto 758 de 1990.

7. La liquidación de la pensión de vejez se realizó tomando el promedio de los últimos 10 años.
8. Para la reliquidación de la prestación se tuvieron en cuenta 1.914 semanas, y se aplicó una tasa de reemplazo del 90%, arrojando como mesada la suma de \$1'300.242, efectiva a partir del 1º de abril de 2014.
9. Al realizar un nuevo estudio de la prestación teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas se evidencia que el valor correcto a percibir es \$1'819.942 para el año 2022.
10. Realizadas las operaciones aritméticas no hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de vejez solicitada, teniendo en cuenta que al tomar el ingreso base de liquidación más favorable durante los últimos 10 años (\$844.946) y aplicar una tasa de reemplazo del 90% bajo los parámetros y condiciones del Decreto 758 de 1990, se obtiene una mesada para el año 2014 de \$1'299.688, que actualizada al 2022 corresponde a \$1'819.942.00, menor al valor que actualmente percibe el demandado por \$1'820,746 para el año 2022.
11. El valor de mesada que en derecho correspondía al accionado para el 1º de abril de 2014, ascendía a la suma de \$1'299.668, y no en cuantía de \$1'300.242.
12. El demandado adeuda a COLPENSIONES la suma de \$77.996 por concepto de las diferencias recibidas en las mesadas pensionales.

Reparto y admisión de la demanda

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales⁷, y posteriormente fue reasignado al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales⁸, el cual admitió la demanda con auto del 4 de octubre de 2022⁹.

Solicitud de medida cautelar

En el mismo escrito de demanda¹⁰, la parte actora solicitó la suspensión

⁷ Archivo n° 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Archivo n° 004 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 005 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Páginas 23 a 28 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

provisional de los efectos jurídicos de la Resolución nº SUB 38789 del 24 de abril de 2017, con fundamento en que al realizar una nueva liquidación de la prestación, ésta arrojó una suma inferior a la reliquidada en el acto atacado, esto es, la mesada debía ascender a \$1'299.668 y no a \$1'300.242; lo que genera un detrimento financiero de COLPENSIONES que a su vez contraría la Constitución Política, en tanto se desconoce el principio de sostenibilidad o equilibrio financiero del Estado.

Trámite procesal de la medida cautelar

De la solicitud de medida cautelar formulada por la parte accionante se corrió traslado a la parte accionada mediante auto del 4 de octubre de 2022¹¹.

Según constancia secretarial del 15 de mayo de 2023¹², el señor Gabriel Mosquera Cardona no se pronunció frente a la medida cautelar.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por auto del 24 de mayo de 2023¹³, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales negó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que en la solicitud de suspensión provisional no se señalaron con claridad las operaciones aritméticas que, a juicio de COLPENSIONES, son las correctas para el cálculo de la mesada pensional del señor Gabriel Mosquera Cardona; y añadió que tampoco de las pruebas documentales aportadas con la demanda se advierte la violación de los preceptos legales invocados, esto es, del Decreto 758 de 1990 y del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, respecto de los cuales no se concretó ni siquiera el aparte supuestamente desconocido con el acto demandado.

Por lo anterior, consideró que en esta etapa inicial del proceso no existen razones suficientes para acceder a la medida cautelar solicitada por la entidad demandante, debiendo verificarse la situación alegada al momento de desatar el fondo del asunto.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, la parte accionante

¹¹ Archivo nº 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹² Archivo nº 23 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 24 del cuaderno 1 del expediente digital.

interpuso recurso de apelación¹⁴, con fundamento en lo siguiente.

Expuso que la formulación de la medida cautelar no tiene otro sentido distinto que salvaguardar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, representado por COLPENSIONES, ya que luego de intentar en vía administrativa revocar el acto atacado, ello no fue posible por la falta de autorización del demandado.

Reiteró que al realizar un estudio de la situación pensional del accionado, COLPENSIONES advirtió que la mesada percibida con ocasión de la reliquidación de la prestación económica era superior a la que realmente correspondía, lo que implica un detrimento significativo al erario público por afectación del sistema financiero de seguridad social en pensiones que administra la entidad demandante, y que justifica la procedencia de la medida cautelar.

Refirió que continuar con el pago reconocido en el acto acusado enriquece sin justa causa al accionado, e impide que tales dineros sean recuperados una vez se declare la nulidad, debido a la dificultad de demostrar la mala fe del demandado.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 29 de junio de 2023¹⁵, y allegado el 7 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁶.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 243 del CPACA, el auto que niega una medida cautelar es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 24 de mayo de 2023.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

¹⁴ Archivo nº 26 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁶ Archivo nº 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar la siguiente cuestión:

¿Se cumplen en el caso concreto los requisitos para decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado?

De las medidas cautelares en el CPACA

El artículo 229 del CPACA, en lo que concierne a la procedencia de medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos, dispone:

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

Instituye igualmente el inciso 2º de la mencionada norma, que la decisión que allí se adopte no implica prejuzgamiento, en tanto que en el parágrafo único determina que las medidas cautelares, en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

De lo anterior se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de las medidas cautelares:

- i) Regla general: proceden en todos los procesos declarativos.
- ii) Finalidad: garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- iii) Sistema: “dispositivo” (a instancia de parte), “mixto” (en acciones populares y de tutela, a instancia de parte u oficiosamente).
- iv) Requisito especial: sustentarla debidamente.
- v) Oportunidad para decretarla: en cualquier estado del proceso, incluso antes de notificar el auto admisorio de la demanda.
- vi) Providencia que la decreta: auto motivado separado.
- vii) Naturaleza de la decisión: no significa prejuzgamiento.

La suspensión provisional de un acto administrativo

La fuente constitucional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es el artículo 238 de la Carta que faculta a esta jurisdicción especializada para “(...) *suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*”.

El artículo 230 de CPACA, una vez prevé que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, en su numeral 3 establece como uno de los mecanismos para materializarlas, el de “*suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*”, disposición que constituye tanto una medida de suspensión como preventiva.

Por su parte, el artículo 231 de la norma en cita, establece cuáles son los requisitos para decretar las medidas cautelares, así:

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

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

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

En tal sentido, para que proceda la suspensión de un acto administrativo por vulneración de las disposiciones invocadas en la respectiva solicitud, se requiere: **i)** que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores indicadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas; y **ii)** si se solicita restablecimiento del derecho y/o indemnización de perjuicios, debe aportarse prueba siquiera sumaria de los mismos.

El Consejo de Estado ha sostenido que en lo que se refiere a la suspensión provisional de los actos administrativos, el CPACA introdujo una modificación sustancial, en tanto prescindió de la expresión “*manifiesta infracción*” a la cual hacía alusión el Código Contencioso Administrativo (CCA), y en su lugar dispuso que dicha medida cautelar procedía cuando la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud respectiva, surgiera del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En otras palabras, con el CPACA se habilitó al Juez para realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino uno en el que puede apreciar las pruebas aportadas con tal fin.

En ese sentido, “(...) *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.*”¹⁷.

Ahora bien, la Alta Corporación también ha precisado que lo anterior es así “(...) *lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*”¹⁸. Acotó el Consejo de Estado que la transgresión de las normas superiores invocadas debe surgir “(...) *de manera ostensible, es decir, de la simple comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas allegadas con el libelo, sin necesidad de profundos razonamientos.*”¹⁹.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Auto del 3 de diciembre de 2012. Radicado número: 11001-03-24-000-2012-00290-00.

¹⁸ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 30 de junio de 2016 (Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00369-00) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Primera y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Guillermo Vargas Ayala y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁹ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 7 de diciembre de 2016 (Radicación número: 11001-03-27-000-2014-00042-00(21171)) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Cuarta y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Hugo Fernando Bastidas Bárcenas (E) y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Examen del caso concreto

De conformidad con lo expuesto hasta este momento, la medida cautelar que convoca la atención de esta Sala se sustenta en la supuesta vulneración del ordenamiento jurídico, en tanto la mesada pensional percibida por el señor Gabriel Mosquera Cardona es superior a la que realmente le correspondía conforme al Decreto 758 de 1990 y al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Analizada la solicitud de suspensión provisional, el Tribunal advierte que, tal como lo manifestó el Juzgado de primera instancia, la entidad accionante no realizó el más mínimo esfuerzo por demostrar no sólo que realmente existe diferencia entre la mesada pagada con ocasión del acto demandado y la que realmente debía serle reconocida, sino además a qué se debe dicha diferenciación.

En efecto, al confrontar el acto demandado con las normas invocadas como transgredidas, esta Sala de Decisión no advierte, sin necesidad de profundos razonamientos, la violación de aquellas que amerite la suspensión provisional de tales actos.

De hecho, la falta de claridad para establecer la aparente ilegalidad del acto atacado que viabilice el decreto de la medida cautelar obligaría a esta Corporación a realizar un análisis y una valoración de fondo que es propia de la fase de juzgamiento más que de este primer momento del proceso, para la cual se requiere además el examen juicioso de las pruebas allegadas y las que se requieran.

En ese sentido, es evidente que en esta etapa temprana del proceso no se cuenta con los elementos suficientes que permitan determinar que el acto atacado vulnera las normas invocadas.

Por lo anterior, este Tribunal considera que no hay lugar a decretar la medida cautelar y, por lo tanto, confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

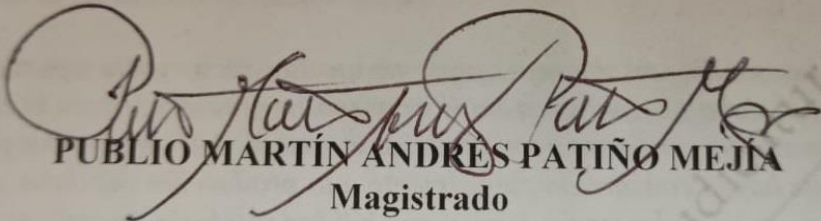
Primero. CONFÍRMASE el auto del veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, con el cual negó la medida cautelar solicitada por COLPENSIONES dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra el señor Gabriel Mosquera Cardona.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO



REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Tomas Felipe Mora Gómez-
Conjuez

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

I. ASUNTO

Procede el Despacho a continuar con el trámite que le corresponde a este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, radicado **17001233300020190010100**, demandante **MARTHA GUTIERREZ VALLEJO** y demandada la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, después de haber llegado el expediente procedente del Consejo de Estado, con decisión en que revocó “..el auto proferido por el Tribunal de Caldas, Sala de Conjueces, en audiencia inicial celebrada el 8 de marzo de 2019, en cuanto declaró la excepción previa de ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de la vía administrativa”, en consecuencia, estese a lo resuelto por el Consejo de Estado en providencia del 8 de febrero de 2023, avocó el conocimiento de este proceso y continuo con el trámite que corresponde.

II. CONTROL DE LEGALIDAD.

Esta demanda fue radicada y admitida bajo el procedimiento contemplado en la Ley 1437 de 2011, sin embargo, el 25 de enero de 2021 fue emitida la Ley 2080 de 2021 que reformó el CPACA, por tanto y dado que la audiencia inicial solo llegó hasta la etapa de saneamiento, es posible adecuar este medio de control al nuevo procedimiento, a la Luz del inciso 3° del artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, el cual reza;

“ARTÍCULO 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de: los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

(...).

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

(...)” (subrayas del Despacho)

Corolario de lo anterior, es posible adecuar el procedimiento que se venía desarrollando en este medio de control, al trámite dispuesto en la Ley 2080 de 2021 “*por medio de la cual se modifica la Ley 1437 de 2011 y se dictan otras disposiciones*”; en consecuencia y a partir de este momento, se aplicará el procedimiento dispuesto en el nuevo CPACA.

III. RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA.

Se reconoce personería para actuar en nombre y representación de la parte demandante **MARTHA GUTIERREZ VALLEJO** a la **Dra. MARIA ELENA QUINTERO VALENCIA** identificada con la CC 30.281.740 y T.P. 98.721 del C.S.J, desde este momento, conforme recientemente y obrante en el archivo denominado -35PoderDemandante- obrante en el expediente digital.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

La demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN** contestó en termino -25ContestacionDemandaProcuraduria- y sólo presentó la excepción de prescripción, la cual no se encuentra enlistada como previa -*artículo 100 del CGP*- y aunque tiene calidad de mixta, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, por su naturaleza puede resolverse en la sentencia.

V. SENTENCIA ANTICIPADA

De un breve análisis de la demanda y su contestación, el Despacho llega a la conclusión de que cumple con los requisitos contemplados en los literales a) y d) del artículo 182A del CPACA;

“Art. 182A.-Adicionado Ley 2080 de 2021, art. 42. Se podrá dictar sentencia anticipada:

- a). Cuando se trate de asuntos de puro derecho.***
- b). (...).***
- c). (...).***
- d). Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.***

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el' inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito. (...).”

A su turno el inciso final del artículo 181 reza:

“Art. 181. (...).

En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalara fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a 20 días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días, siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar, podrá el Ministerio Público presentar concepto si a bien lo tiene.” (subrayas propias).

VI. DECRETO DE PRUEBAS.

De las pruebas que se decretan y de aquellas que se niegan

Parte demandante.

Téngase como elementos probatorios y evidencia física -EMP y EF- los documentos que revisten calidad de tal y que fueron aportadas con la demanda a la luz de los artículos 165 y 243 del CGP, siempre que tengan relación directa con los hechos de esta y las cuales se encuentran contenidos en el expediente digital - 04Demanda- y - 05AnexosDemanda-. La parte demandante no realizó solicitud especial de pruebas.

Parte demandada.

Téngase como elementos probatorios y evidencia física -EMP y EF- los documentos que revisten calidad de tal y que fueron aportadas con la demanda a la luz de los artículos 165 y 243 del CGP, siempre que tengan relación directa con los hechos de esta y las cuales se encuentran contenidos en el expediente digital archivos - 25ContestacionDemandaProcuraduria-. La parte demandada no realizó solicitud especial de pruebas.

Así las cosas y dado que no existen otras pruebas que practicar, **SE CIERRA EL PERIODO PROBATORIO** y se procede a avanzar con la etapa siguiente.

Contra estas decisiones procede el recurso de apelación, de conformidad con el n° 7 del artículo 243 del CPACA.

- **FIJACION DEL LITIGIO:**

De conformidad con lo dispuesto por el n° 7 del artículo 180 del CPACA, el Despacho procede a fijar el litigio;

“Art. 180.- Vencido el termino de traslado de la demanda o de la reconvencción según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 1). 2). 3). 4). 5). 6). 7). Fijación del litigio. Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción, si a ello hubiere lugar, y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación del litigio. 8). 9). 10).”

De los hechos y los documentos aportados en la demanda y comparados con la respuesta, las pruebas aportadas con ella y las excepciones presentadas, el Despacho llegó a la conclusión de que ***no existe manto de duda sobre los siguientes hechos:***

- La señora **MARTHA GUTIERREZ VALLEJO** ha laborado al servicio de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** en el cargo de **PROCURADORA 107 JUDICIAL II PENAL DE MANIZALES**, desde el 10 de marzo de 2002 y a la fecha de presentación de esta demanda, aún continuaba vigente su vínculo laboral con la demandada.
- La señora **MARTHA GUTIERREZ VALLEJO** a través de apoderado, el **11 de septiembre de 2015**, instauró derecho de petición ante la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, en la que solicitó *-a grandes rasgos-* el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por el periodo laborado al servicio de la demandada y en el cargo de **PROCURADORA 107 JUDICIAL II PENAL DE MANIZALES**.
- Dicha petición fue negada a través del acto administrativo **Oficio SG n° 005011 de 6 de octubre de 2015**, decisión contra la cual solo era posible atacar por conducto del recurso de reposición, el cual, al ser subsidiario, no es obligatorio y allí finalizó la reclamación administrativa.
- Mediante la Resolución n° 1674 de 3 de diciembre de 2016, se admitió y se declaró fallida una conciliación prejudicial, con lo que se dio por agotada esta etapa.

De igual manera, analizado el escrito de la demanda, sus anexos y al contrastarlos con la respuesta, las excepciones y las pruebas que la acompañaron, se concluyó que, ***NO EXISTE acuerdo respecto de los siguientes hechos;***

- a) Que la señora **MARTHA GUTIERREZ VALLEJO** tiene derecho a la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- b) Que la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 constituye factor salarial y;
- c) Que se debe aplicar la prescripción trienal y en su defecto, puede afectar total o parcialmente el periodo reclamado en la demanda.

Teniendo claro los hechos sobre los cuales, si existe acuerdo entre las partes y aquellos en que demandante y demandada, encuentran discrepancias, pasamos a mencionar las *pretensiones (extremos)*.

Declaraciones:

1. **Declarar** la nulidad del *Oficio SG n° 005011 de 6 de octubre de 2015*.

Condenas:

2. **RECONOCER** a la señora **MARTHA GUTIERREZ VALLEJO** la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, equivalente al 30% de su asignación básica, al igual que su naturaleza salarial y sus consecuencias prestacionales y de la seguridad social, su pago retroactivo y demás implicaciones e incidencias (salariales, prestacionales y de seguridad social), valores debidamente indexados y sin aplicación de la prescripción trienal, por el periodo comprendido entre el 10 de marzo de 2002 y hasta que deje de ocupar el cargo de **PROCURADORA 107 JUDICIAL II PENAL DE MANIZALES**.
3. **ORDENAR** a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia se ordenará dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.
4. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho, que se llegaran a causar.

En consecuencia, el litigio en conjunto se circunscribe a determinar;

- a) *¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios que establece el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, equivalente al 30% de su sueldo básico?*
- b) *¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?*
- c) *¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado, en todo o en parte?*

En los anteriores términos se entiende ***fijado el litigio*** y contra esta decisión procede el recurso de reposición conforme se dispone en el artículo 242 del CPACA en concordancia con el artículo 243 ibídem.

VI. TRASLADO DE ALEGATOS.

El Despacho considera innecesario citar a las partes a participar en la audiencia contemplada en el artículo 181 del CPACA –alegaciones y juzgamiento-, solo para escuchar a las partes presentar los alegatos de conclusión, por los traumatismos que causa en las agendas no solo del Despacho, sino también de las partes, de ahí que considere más práctico, dar la oportunidad a las partes y al Ministerio Público, para que presenten los alegatos por escrito.

Conforme lo anterior, a la luz del inciso 2° del artículo 182A del CPACA en concordancia con el inciso final del artículo 181 Ibídem, se corre traslado común de diez (10) días, a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegatos de conclusión, término que empezará a correr al día siguiente hábil, a la ejecutoria de esta providencia. Los alegatos deben ser enviados al correo institucional de la Secretaría de esta Corporación sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co; y/o al correo dtibaqua@cendoj.ramajudicial.gov.co perteneciente al auxiliar que apoya este Despacho de Conjuez.

Notifíquese y cúmplase



TOMAS FELIPE MÓRA GOMEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-Tomas Felipe Mora Gómez-

Conjuez Ponente

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

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 24 de julio de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte demandada y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333300320180002203** en el que es demandante **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** y **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1. INAPLICAR** por ilegal e inconstitucional la expresión “*constituirá factor salarial para la base de cotización al Sistema General de*

Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”, contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013.

2. **DECLARAR** la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución n° DESAJMZR16-209 de 18 de febrero de 2016** “por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”.
- **Resolución n° 5437 de 17 de agosto de 2017.**

3. **RECONOCER** como factor salarial del emolumento denominado “bonificación judicial” que se ha venido pagando en razón de la expedición del Decreto 383 de 2013 al señor **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ** identificado con la Cc 75.090.191.

4. **RELIQUIDAR** y pagar la totalidad de las prestaciones sociales (prima de servicios, prima de productividad, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, y todas las demás a las que tenga derecho) que se causen y devenguen por el señor **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ** identificado con la Cc 75.090.191; desde la expedición del Decreto en cita hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta petición, tendiendo en cuenta como factor salarial para dicho efecto la bonificación judicial.

5. **RELIQUIDAR** y pagar las cesantías e intereses a las cesantías causadas y devengadas por el señor **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ** identificado con la Cc 75.090.191, desde la expedición del Decreto en cita hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta petición, teniendo en cuenta como factor salarial para dicho efecto la bonificación judicial.

6. **DISPONER** que en la liquidación de los pagos que en lo sucesivo se efectúen mientras dure su vinculación como servidor público de la Rama Judicial, se incluya la “bonificación judicial” como factor salarial.

7. **ORDENAR** que las sumas reconocidas sean indexadas.

8. **CONDENAR** al pago de costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El señor **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ** se ha desempeñado como servidor publico de la Rama Judicial, ocupando los cargos de Auxiliar Judicial, Escribiente de Circuito, Asistente Administrativo, Profesional Universitario Grado 16, Secretario de Circuito, Oficial Mayor de Circuito, Juez de Circuito y Relator, desde el 6 de agosto de 2004 y a la fecha de la presentación de esta demanda, aún se encontraba vinculado a la demandada.

5. FALLO PRIMARIO

El 6 de diciembre de 2019, el Conjuez Fernando Duque García en cabeza del Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda. En resumen, declaro de oficio fundada la excepción de prescripción respecto de los periodos anteriores al 1 de febrero de 2013, ordenó inaplicar la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013, declaró no probadas las excepciones de propuestas por la demandada. Anulo los actos administrativos atacados. Ordeno a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, condenó en costas a la demandada a pagar la suma de \$571.300.oo.

Como sustento jurídico indicó; que la bonificación judicial a la luz de la normativa nacional e internacional y paralelo a la jurisprudencia de las altas cortes, entre ellas el órgano de cierre de esta jurisdicción, la bonificación judicial, cumple los parámetros para ser considerada parte del salario del demandante y, en consecuencia, tiene la calidad de factor salarial y afecta a todas las prestaciones sociales, a que tiene derecho el demandante.

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la

facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Al respecto de la prescripción trienal laboral, manifestó que este se configuró, toda vez que la petición que dio inicio a la reclamación administrativa, fue radicada el 15 de febrero de 2016 y la prescripción cuenta por los periodos anteriores al 16 de febrero de 2013. Ahora bien, frente a la condena en costas, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por la Rama Judicial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la Sala de Conjueces por sorteo de conjueces realizado el 28 de septiembre de 2022 y a este Conjuez por aceptación de impedimento, a la Conjuez designada Dra. Lina Maria Hoyos Botero por auto del 12 de julio de 2023.

CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjueces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a)** Acta de acuerdo suscrita entre el Gobierno Nacional de la Republica de Colombia y los representantes de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación.

- b) Resolución 0741 de 7 de noviembre de 2012 “por medio de la cual se crea la Mesa Técnica Paritaria para la nivelación de la remuneración de empleados y funcionarios de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.
- c) Oficio DEAJRH16-4417 de 7 de julio de 2016 *“responde derecho de petición encaminado a determinar las competencias y funciones de la Sala Administrativa, de las Direcciones Ejecutivas de Administración Judicial y Seccional”*.
- d) Decreto 383 de 6 de marzo de 2013 “por medio del cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.
- e) Resolución DESAJMZR16-209 de 18 de febrero de 2016 *“por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”* y su constancia de notificación.
- f) Recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución DESAJMZR16-209 de 18 de febrero de 2016.
- g) Resolución DESAJMZR16-538 de 17 de marzo de 2016 *“por medio del cual se resuelve un recurso de reposición y se concede un recurso de apelación”* y su constancia de notificación.
- h) Resolución n° 5437 de 17 de agosto de 2017 *“por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”* y su constancia de notificación.
- i) Constancia laboral n° 2335 de 1 de noviembre de 2017.
- j) Solicitud de conciliación prejudicial.
- k) Aclaración a la solicitud de conciliación prejudicial.
- l) Resolución n° 1372 de 29 de noviembre de 2017 *“por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación”*.

b. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo?

II. Procede la condena en costas emitida en contra de la parte vencida?

c. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

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

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

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

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

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

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

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*

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

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

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

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

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

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

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

de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

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

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

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

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

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

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

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de

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

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

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

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

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

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

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son

utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

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

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

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

Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

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

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

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento

jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo¹.

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.²

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.³

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

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

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

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

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

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

desfavorece o perjudica⁴.”

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

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

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

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

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

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

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no

⁴ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

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

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

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

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

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

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser

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

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

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁵:

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

⁵ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

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

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁶, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

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

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁷.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo - relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

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

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

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁸ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

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

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

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"⁹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

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

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁰

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

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Conjuces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹¹, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹²

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 5° de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde antes de producir

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), Maria Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹¹ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹² Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

efectos fiscales, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que confirmara la sentencia primaria frente a este aspecto.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continué reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho a el demandante **GIOVANNY CARDONA GONZALEZ** desde el *1 de febrero de 2013* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 5° del fallo y se negará la condena en costas.
4. En todo lo demás la Sala se encuentra de acuerdo con el fallo primario.

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

10.FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral 5° de la *sentencia de 6 de diciembre de 2019*, preferida por el *Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales*.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 6 de diciembre de 2019*, preferida por el *Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales*.

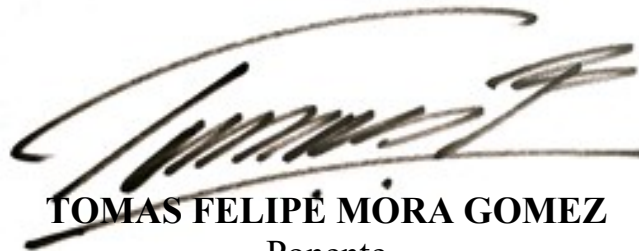
TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

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

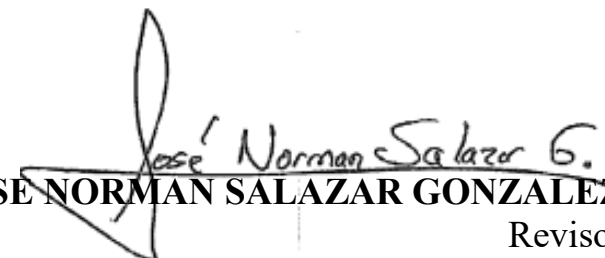
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 11 de agosto de 2023.

Los Conjueces;



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Ponente



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Revisor



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor