

17-001-23-00-000-2020-00036-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 398

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1º y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia con la cual esta corporación accedió a las pretensiones de la parte demandante, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **LUIS BERNARDO DUQUE MUÑOZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**. En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

**RECONÓCESE** personería a las abogadas SANDRA MILENA BURGOS BELTRÁN (C.C. N°45'532.162 y T.P. N°132.578) y JOHANA MARCELA ARISTIZÁBAL URREA (C.C. N°1.075'262.068 y T.P. N°299.261) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido /fls. 189-197/.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 202

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

Radicado: 17-001-33-39-006-2020-00063-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: María Amanda Valencia Agudelo  
Demandado: Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones formuladas por la accionante.

**I. Antecedentes**

**1. Demanda**

**1.1. Pretensiones**

Se deprecia la nulidad del Acto Administrativo 0642/19 UJ-SED, por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral. A título de restablecimiento del derecho se solicitó que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicios prestados a la entidad demandada para efectos pensionales.

**1.2. Hechos**

En síntesis, se señaló que la demandante laboró como docente *“por órdenes de prestación de servicios y/o contrato de prestación de servicios”* a cargo del departamento de Caldas en instituciones educativas administradas por dicho ente territorial, para un total de 30 meses. Finalmente señala que, nunca le fueron cancelados aportes al sistema de pensiones.

**1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Se citaron los artículos 53 del Constitución; 32 de la Ley 80 de 1993; la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional y proveídos 18 de marzo de 1999, 15 de abril 1999 y 12 de octubre de 2000 del Consejo de Estado. Se expuso que, sería ilógico afirmar que funciones como la de docencia puedan ser prestadas esporádicamente y de forma independiente, pues por su naturaleza requieren una prestación permanente y una subordinación indispensable para que se puedan desarrollar.

Por lo anterior, se disfrazó una verdadera relación laboral bajo la figura de las ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, a pesar de que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial.

**2. Contestación de la demanda**

El **departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demandante, sostuvo que no le asiste el derecho reclamado toda vez que, los contratos de prestación de servicios que se busca desvirtuar fueron suscritos con una cooperativa, por lo que la entidad territorial nada tuvo que ver con dichos contratos.

Afirmó que una prestación de servicio educativo no configura una vinculación directa con el departamento de Caldas, pues éste se encuentra en cabeza de los sectores sociales. Agregó que la demanda posee falencias, toda vez que, no se especifican los extremos de la relación laboral, ni se demostró que se cumplieran los requisitos que debe contener una relación laboral de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral”*; *“Cobro de lo no debido”* y *“Prescripción”*.

### 3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por el departamento de Caldas; **accedió** a las pretensiones de la parte demandante, por lo que declaró la nulidad del oficio 0642/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019 y declaró que entre ambos extremos procesales existió una relación laboral, en virtud de las autorizaciones 567 del 17 de abril de 2020, 613 del 6 de febrero de 2001, 431 del 4 de febrero de 2002 y 1020 del 27 de enero de 2003.

A título de restablecimiento del derecho condenó al departamento de Caldas a pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión a favor de la demandante, tomando el ingreso como base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, los consigne al fondo de pensiones por la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Señaló además que, la demandante debe acreditar las cotizaciones efectuadas al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y si no las hubiese hecho o se verificara diferencia alguna en su contra, tendrá la obligación de completar o cancelar, según corresponda, el porcentaje que le correspondía como trabajadora.

### 4. Recurso de apelación

El **departamento de Caldas** solicitó revocar el fallo y negar las pretensiones de la demandante argumentando que, con la sola existencia de una orden de prestación de servicios, no se debe presumir la relación laboral, lo que traduciría entonces que, de todo contrato de prestación de servicios firmado con el Estado, constituye automáticamente una relación laboral, pues la prestación del servicio educativo está en cabeza de todos los sectores sociales.

Sostuvo que, las autorizaciones presentadas por la demandante, no demuestran los extremos laborales; tampoco dan claridad y establecen los tiempos en los cuales la demandante se desempeñó como docente, por lo que no evidencia una relación laboral. Señaló que el juzgado de primera instancia, no hizo pronunciamiento sobre los horarios que presuntamente desempeñó la demandante; que además no es posible que sean reclamados tiempos de servicios como laborales, cuando no presentó pruebas suficientes.

## II. Consideraciones

### 1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto se debe establecer: *¿Se acreditaron los elementos de una relación laboral entre María Amanda Valencia Agudelo y el departamento de Caldas, con ocasión de los servicios docentes prestados?*

Para dar respuesta a este interrogante, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; las características de la relación laboral; ii) los hechos acreditados; para luego descender al iii) análisis del caso concreto.

### 2. Marco normativo y jurisprudencial<sup>1</sup>

#### 2.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>2</sup>, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT<sup>3</sup> al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo*

---

<sup>1</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

<sup>2</sup> Aprobada en 1919

<sup>3</sup> Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967



*debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución.*

## 2.2. Elementos propios de la relación laboral

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021<sup>4</sup> retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este<sup>5</sup>; 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<sup>6</sup>.”*.

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

*“104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

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

*106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista*

---

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

<sup>5</sup> **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».

<sup>6</sup> **Cita de cita:** Al respecto, véase entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

*constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.*

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

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que: “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.”

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes, el Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea que otrora fuere desempeñada por docentes contratados a través de ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, debe ser analizada desde una óptica más laxa, pues el ejercicio de la labor docente en institución de educación pública conllevan intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia, tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo.<sup>7</sup>

### 3. Hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto

- De acuerdo a la Autorización 567 del 17 de abril de 2000<sup>8</sup>, 613 del 6 de febrero de 2001<sup>9</sup> 431 del 4 de febrero de 2002<sup>10</sup>, 1020 del 27 de enero de 2003<sup>11</sup> expedidas por la Secretaria de Educación de Caldas, se facultó a la accionante sucesivamente “...para que preste sus servicios

<sup>7</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

<sup>8</sup> Pág. 33 AD “04”

<sup>9</sup> Pág. 34 ibidem

<sup>10</sup> Pág. 35 ibidem

<sup>11</sup> Pág. 35 ibidem

- La accionante, el 30 de agosto de 2019, solicitó a la Secretaría de Educación de Caldas, el reconocimiento de una relación laboral durante el tiempo que duró contratada por el sistema OPS.<sup>12</sup>
- Mediante Oficio 0642/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019, la Secretaría de Educación de Caldas, negó la solicitud presentada por la parte actora<sup>13</sup>.
- La Secretaría de Educación de Caldas, el 24 de abril de 2023, certificó los extremos temporales de las vinculaciones por autorizaciones de servicios sostenida por la demandante con el departamento de Caldas y los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó el pago de honorarios en virtud a la labor docente prestada<sup>14</sup>.
- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas, el 5 de mayo de 2023, certificó la relación los servicios prestados por la señora María Amanda Valencia en virtud de órdenes de prestación de servicios<sup>15</sup>, prueba que fuera decretada de oficio por el Juzgado de Primera Instancia<sup>16</sup> y, frente a la cual, la parte demandada no realizó pronunciamiento alguno<sup>17</sup>

3. Análisis sustancial del caso concreto

Para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración fueron aportadas las resoluciones de pago por servicios<sup>18</sup>, y las constancias del 24 de abril y 5 de mayo de 2023, de las cuales se extrae lo siguiente:

| Autorización                 | Fecha de vinculación    | Total tiempo laborado | Honorarios  |
|------------------------------|-------------------------|-----------------------|-------------|
| 567 del 17 de abril de 2000  | 25-04-2000 a 31-05-2000 | 1 mes y 6 día         | \$655.895   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                       |             |
|                              | 01-06-2000 a 25-06-2000 | 25 días               | \$455.483   |
|                              | Interrupción – 17 días  |                       |             |
|                              | 17-07-2000 a 31-07-2000 | 15 días               | \$255.070   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                       |             |
|                              | 01-08-2000 a 31-08-2000 | 1 mes                 | \$546.579   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                       |             |
|                              | 01-09-2000 a 30-09-2000 | 1 mes                 | \$546.579   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                       |             |
|                              | 01-10-2002 a 31-10-2000 | 1 mes                 | \$546.579   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                       |             |
|                              | 01-11-2000 a 17-12-2000 | 1 mes y 17 días       | \$863.307   |
|                              | Interrupción – 41 días  |                       |             |
| 613 del 6 de febrero de 2001 | 06-02-2001 a 08-04-2001 | 2 meses y 2 días      | \$1.253.761 |
|                              | Interrupción – 0 días   |                       |             |
|                              | 16-04-2001 a 30-04-2001 | 15 días               | \$655.028   |

<sup>12</sup> Pág. 24-26 ibidem.

<sup>13</sup> Pág. 29-32 ibidem.

<sup>14</sup> AD “24ConstanciaNotificacionEstado”

<sup>15</sup> AD “25”

<sup>16</sup> AD “19”

<sup>17</sup> Ver del archivo digital 27 a 29

<sup>18</sup> Pág. 8-53 AD “24ConstanciaNotificacionEstado”

|                              |                         |                |             |
|------------------------------|-------------------------|----------------|-------------|
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-05-2001 a 31-05-2001 | 1 mes          | \$597.209   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-06-2001 a 17-06-2001 | 17 días        | \$338.316   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 16-07-2001 a 31-07-2001 | 16 días        | \$305.978   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-08-2001 a 31-08-2001 | 1 mes          | \$611.955   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-09-2001 a 30-09-2001 | 1 mes          | \$611.955   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-10-2001 a 31-10-2001 | 1 mes          | \$611.955   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-11-2001 a 09-12-2001 | 1 mes y 9 días | \$795.542   |
|                              | Interrupción – 63 días  |                |             |
| 431 del 4 de febrero de 2002 | 25-02-2002 a 28-02-2002 | 4 días         | \$85.972    |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-03-2002 a 24-03-2002 | 24 días        | \$810.272   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-04-2002 a 30-04-2002 | 1 mes          | \$719.589   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-05-2002 a 31-05-2002 | 1 mes          | \$719.589   |
|                              | Interrupción – 121 días |                |             |
|                              | 01-11-2002 a 30-11-2002 | 1 mes          | \$719.589   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-12-2002 a 08-12-2002 | 8 días         | \$182.261   |
|                              | Interrupción – 39 días  |                |             |
| 1020 del 27 de enero de 2003 | 27-01-2003 a 31-03-2003 | 1 mes y 4 días | \$1.458.091 |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-04-2003 a 13-04-2003 | 13 días        | \$524.001   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-05-2003 a 31-05-2003 | 1 mes          | \$683.480   |
|                              | Interrupción – 0 días   |                |             |
|                              | 01-06-2003 a 22-06-2003 | 22 días        | \$501.219   |
|                              | Interrupción – 16 días  |                |             |
|                              | 14-07-2003 a 31-07-2003 | 18 días        | \$387.305   |

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que la actora desempeñó labores como docente en la institución educativa “Colegio Rural Partidas” de Villamaría<sup>19</sup> del departamento de Caldas, entre el 25 de abril de 2000 y 31 de julio de 2003 en los periodos comprendidos entre: el 25 de abril de 2000 al 31 de mayo de 2002 y entre el 1 de noviembre de 2002 y el 31 de julio de 2003, devengando unos honorarios por sus servicios.

Sobre los periodos anteriormente referidos, cabe señalar que las interrupciones suscitadas del 17 de diciembre de 2000 al 6 de febrero de 2001; del 9 de diciembre de 2001 al 25 de febrero de 2002; y del 8 de diciembre de 2002 al 27 de enero de 2003, coinciden con los periodos vacacionales de fin de año que se fijan en todas las instituciones educativas del país, por lo que, si bien superan los 30 días hábiles<sup>20</sup> considera la Sala que en las fechas

<sup>19</sup> Pág. 33 AD “04”

<sup>20</sup> Según las reglas de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021

señaladas no hay solución de continuidad. Ahora bien, frente a la interrupción de 121 días generada entre el 31 de mayo y el 1 de noviembre de 2002, no se advierte justificación alguna, razón por la cual se considera que hubo solución de continuidad.

Ahora bien, el *a quo* señaló que no había lugar a analizar la prescripción, toda vez que, solo se está reclamando el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales, prestación que tiene la connotación de imprescriptible. Por lo anterior, condenó al departamento de Caldas a tomar mes a mes el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, con fundamento en los honorarios cancelados en cada uno de los períodos laborados en los años 2000, 2001, 2002 y 2003, en virtud de las Autorizaciones 567 del 17 de abril de 2020, 613 del 6 de febrero de 2001, 431 del 4 de febrero de 2002 y 1020 del 27 de enero de 2003.

En cuanto a la subordinación, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016<sup>21</sup>, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, señaló:

*“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 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, ...*

*La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación)...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.*

*Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.*

*A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.*

---

<sup>21</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

*En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.*

*Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un **empleo de carácter permanente**...*

*En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia". (Se resalta)*

Por lo tanto, es claro que, el ejercicio de la labor docente oficial tiene una naturaleza dependiente y subordinada, al hallarse sometida a los horarios de funcionamiento de la institución pública, al acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente de cada institución educativa en que prestó sus servicios y ser desempeñadas en estricto ceñimiento a los criterios de instrucción impartidos por las diferentes autoridades educativas que ejercen inspección y vigilancia sobre este servicio público.

Sobre la prueba de la subordinación en el desempeño de labores docentes, el Consejo de Estado<sup>22</sup> en sentencia del 24 de febrero de 2022, al analizar un asunto similar, precisó:

*"En el caso concreto, para el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2009 y el 29 de octubre de 2009, si bien la Sala tiene presente los lineamientos de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, también debe señalar que dentro del expediente no obran elementos probatorios suficientes para establecer la configuración de los demás elementos de laboralidad, puesto que la parte actora únicamente aportó, para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración en dicho periodo, la resoluciones de pago por servicios (hechos probados vii y viii) que expidió la Secretaría de Educación del Atlántico por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2010; es decir, pagos o remuneraciones que claramente no abarcan el lapso del 20 de junio de 2009 al 29 de octubre de 2009". (Se resalta)*

De acuerdo al precedente jurisprudencial expuesto, al encontrarse acreditado que la actora desempeñó labores como docente en una institución educativa del departamento de Caldas, en determinados periodos y la remuneración devengada por sus servicios, se infiere la existencia de la subordinación.

#### **4. Conclusión**

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por el departamento de Caldas en el recurso de apelación, por cuanto la demandante logró demostrar con certeza los elementos de la relación laboral. Corolario, la Sala confirmará la decisión apelada.

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 24 de febrero de 2022., Rad.: 080012333000201390041-01 (4881-2014)

## 5. Costas

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.

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

### Falla:

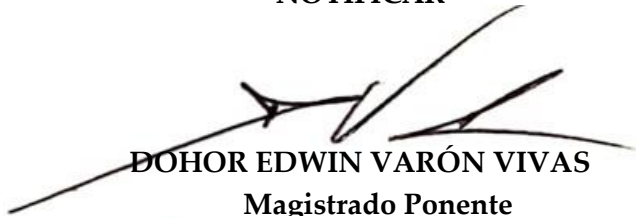
**Primero: Confirmar** la sentencia del 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Amanda Valencia Agudelo contra el departamento de Caldas.

**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. 53 de 2023.

### NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

17001-33-33-002-2020-00122-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 400

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **NELLY CARDONA ESCOBAR** contra la **E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación se encuentra suscrita por la señora Jueza, y no se detecta causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA<sup>1</sup>, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

#### RESUELVE

**ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **NELLY**

---

<sup>1</sup> Ley 1437 de 2011.



**CARDONA ESCOBAR** contra la **E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES**.

**NOTIFÍQUESE** personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las partes.

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

**RECONÓCESE** personería al abogado **FABIO ANDRÉS ALARCÓN VARGAS**, identificado con la C.C. 1.054'559.307 y T.P. N° 274.131 del CSJ, como apoderado de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en los términos del poder a él conferido PDF N° 004 y 005 del expediente digitalizado.

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

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
**Magistrado Ponente**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN**  
**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
**Sentencia No. 199**

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00411-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Ramón Antonio Pérez Cardona  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

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

**I. Antecedentes**

**1. La Demanda**

**1.1. Pretensiones**

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 28 de octubre de 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 28 de julio de 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

**1.2. Sustento fáctico relevante**

Se relata que, la entidad territorial y el Ministerio de Educación no han procedido de manera

efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni las cesantías que corresponde a su labor como servidor público de 2020, ante la Previsora o el Fomag, como cuenta especial de la Nación y ambos términos fueron rebasados.

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

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

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

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

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

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

### **2.1. La Nación – Ministerio de Educación**

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“falta de legitimación en la*

*causa por pasiva”, “falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”, “inexistencia del deber de la Nación – Mineducación – Fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990, “régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad,” “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “excepción genérica”.*

## **2.2. Municipio de Manizales**

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, el legislador estableció un régimen especial para los docentes estatales en lo concerniente a la liquidación, reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, creando para tal efecto un Patrimonio Autónomo adscrito a la Nación denominado Fomag, cuya administración y representación legal se encuentra en cabeza de Fiduprevisora en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

Concluye que resulta improcedente aplicar al municipio la sanción moratoria reclamada por el demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado al Fomag, cuya naturaleza jurídica es la de patrimonio autónomo de la Nación y no la de Administradora de Fondos de Cesantías, las disposiciones que rigen su relación son las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al Fomag las cesantías e intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentra en cabeza de Fiduprevisora como vocera y administradora de los recursos del mencionado Fondo.

Propone las excepciones de fondo que denominó, *“Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Cobro de lo no debido”, “Errónea interpretación de la Ley 50 para las pretensiones del accionante” “Cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la Secretaría de Educación- Municipio de Manizales para el proceso demandado”, “Prescripción” y “Excepción Genérica”*

## **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *“cobro de lo no debido”, “errónea interpretación de la ley 50 para las pretensiones del accionante,” “cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la secretaria de educación- municipio de Manizales para el proceso demandado”,* propuestas por el municipio de Manizales y las de *“inexistencia del deber de la Nación – Mineducación – Fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la*

*cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990”, “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fomag y negó las pretensiones de la parte demandante.*

Como fundamento de su decisión señaló 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, debe decirse que 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, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encontró 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. Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidó la suma de \$950.188, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fomag.

#### **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.

## **5. Pronunciamiento no recurrentes**

**La Nación – Ministerio de Educación - Fomag** solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

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

### **2. Tesis del tribunal**

El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la

Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

### **3. Marco jurídico**

#### **3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente**

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12<sup>1</sup> y 17<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. (...).



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 2003<sup>3</sup>, 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 2003<sup>4</sup>, 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.

---

<sup>3</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>4</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.*

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

*ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

...

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece que:

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

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

### 3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías

La Ley 50 de 1990<sup>5</sup> 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 1995<sup>6</sup>, 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*

<sup>5</sup> “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

<sup>6</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

*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 2006<sup>7</sup> 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 Estado<sup>8</sup> 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

---

<sup>7</sup> “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”.

<sup>8</sup> 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)

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 2006<sup>9</sup>, 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**<sup>10</sup>, 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”*.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>10</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>11</sup> Sentencia SU041/20

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022<sup>12</sup> en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

*“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.*

Como fundamento de ello señaló:

*“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.*

En sentencia de 03 de marzo de 2022<sup>13</sup>, 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. ...*

---

<sup>12</sup> 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)

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)



*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 2022<sup>14</sup> en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucía hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

#### **4. Hechos relevantes acreditados**

➤ El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses

---

<sup>14</sup> 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 las cesantías<sup>15</sup>, reportando que, se liquidaron las cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.

➤ El demandante el 28 de julio de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.<sup>16</sup>

## 5. Análisis del caso concreto

El demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, el demandante es docente afiliado al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

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*

---

<sup>15</sup> F. 17 Archivo digital: 04

<sup>16</sup> F. 2-6 Archivo digital: 04

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 2019<sup>17</sup>, 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<br>Saldo total de cesantías: \$12.000.000<br>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000<br>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u> | Salario: \$1.200.000<br>Saldo total de cesantías: \$12.000.000<br>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000<br>- 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 1989<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> 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)  
<sup>18</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

## 6. Conclusión

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

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

## 7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

## III. RESUELVE:

**PRIMERO:** Se confirma la sentencia del 15 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ramón Antonio Pérez Cardona contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 53 de 2023.

NOTIFICAR

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado Ponente

  
**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

  
**AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado

17001-33-33-001-2022-00024-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 399

Encontrándose a Despacho el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** contra el señor **JAIME HERRERA GALEANO**, para decidir el recurso de reposición formulado contra el auto con el cual se rechazó por ausencia de poder la impugnación interpuesta contra el auto con el cual se negó el decreto de una medida cautelar por la señora Jueza 1ª Administrativa de Manizales, advierte el Despacho las siguientes situaciones.

La demanda fue presentada por la Abogada **ANGÉLICA COHEN MENDOZA** conforme al poder a ella conferido por **COLPENSIONES**, y allegó los documentos que la acreditaron como apoderada judicial de la entidad; por tanto, la operadora judicial *A Quo* reconoció personería para actuar en el proceso.

Con proveído datado el 04 de mayo de 2022, la señora jueza decidió negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados presentada por **COLPENSIONES** a título de medida cautelar. Esta decisión fue apelada por abogado **RAFAEL EDUARDO RAMOS HERRERA**, quien manifestó en el escrito de impugnación que actúa en calidad de abogado sustituto de la togada **COHEN MENDOZA**; sin embargo, no reposa en el expediente la sustitución que le fuera conferida por la apoderada principal del fondo de pensiones.

Llama la atención del Despacho que la señora Jueza 1ª Administrativa de Manizales concedió en el efecto devolutivo el recurso presentado, sin reparar sobre el reconocimiento de personería jurídica para actuar en el proceso en representación de los intereses de la entidad demandante.

Toda vez que la situación descrita se enmarca dentro de la causal de nulidad prevista por el numeral 4° del artículo 133 del Código General del Proceso, referida a la indebida representación de alguna de las partes, con auto de 27 de marzo último, este Despacho puso en conocimiento de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** la causal de nulidad en mención.

Finalmente, y en atención a que durante dicho término la entidad no emitió pronunciamiento alguno, con proveído de 16 de junio del año que avanza, este Despacho dispuso rechazar, por ausencia de poder, el recurso de apelación interpuesto contra el auto con el cual se negó el decreto de una medida de suspensión provisional.

Luego, con memorial visible en el PDF N°15 del expediente digitalizado, el abogado RAFAEL EDUARDO RAMOS HERRERA presentó recurso de reposición y en subsidio de súplica contra tal decisión, informando que el 5 de abril de 2022 envió al buzón electrónico del Juzgado 1° Administrativo de Manizales ([admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin01ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)), tanto la sustitución del poder como la escritura pública de poder general, para defender los intereses de la entidad demandante en el presente asunto.

Por lo anterior, toda vez que tales documentos no obran en el expediente digitalizado remitido para el trámite de segunda instancia, **OFÍCIESE** al Juzgado 1° Administrativo de Manizales, para que, a la mayor brevedad, se sirva informar si en efecto los documentos que menciona el abogado RAMOS HERRERA fueron recibidos en el buzón electrónico de dicha célula judicial, caso en el cual deberá remitirlos a esta Corporación, para su incorporación al expediente.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
**Magistrado Ponente**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN**  
**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
**Sentencia No. 192**

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00143-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Diana Patricia Álzate Osorio  
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-465 del 22 de septiembre de 2021 emitido por el departamento de Caldas, y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

**1.2. Sustento fáctico relevante**

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



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

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

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

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

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

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

### **2.1. La Nación – Ministerio de Educación**

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de: *“Inexistencia de la obligación”*.

### **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, No es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 concluyó con claridad que *“El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

Además, no es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad

con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### 4. Recurso de apelación

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

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

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

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

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

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se

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

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

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

### **2. Tesis del tribunal**

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

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

### **3. Marco jurídico**

#### **3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente**

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12<sup>1</sup> y 17<sup>2</sup> dispuso que los

---

<sup>1</sup> 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.

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

empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

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

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

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

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

*(...)*

### **3. Cesantías:**

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

*B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”* (Resaltado de la Sala)

La Ley 812 de 2003<sup>3</sup>, 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 2003<sup>4</sup>, 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.

---

<sup>3</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>4</sup> “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 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 1990<sup>5</sup> 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*

---

<sup>5</sup> *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.*

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 1995<sup>6</sup>, 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 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 2006<sup>7</sup> 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:

---

<sup>6</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

<sup>7</sup> “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”.

**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 Estado<sup>8</sup> 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 2006<sup>9</sup>, 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**<sup>10</sup>, 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.

---

<sup>8</sup> 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)

<sup>9</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>10</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

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”*.<sup>11</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022<sup>12</sup> 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”*.

---

<sup>11</sup> Sentencia SU041/20

<sup>12</sup> 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 2022<sup>13</sup>, 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 2022<sup>14</sup> 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

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>14</sup> 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)

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 cesantías<sup>15</sup>, reportando que, se liquidaron cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 10 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.<sup>16</sup>
- Mediante Oficio NOM-465 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por el demandante.<sup>17</sup>

#### **5. Análisis del caso concreto**

El demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliado al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el

---

<sup>15</sup> F. 22-23 Archivo digital: 04

<sup>16</sup> F. 7-10 Archivo digital: 04

<sup>17</sup> F. 2 Archivo digital: 04

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 2019<sup>18</sup>, 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:*

|                                                   |                                          |
|---------------------------------------------------|------------------------------------------|
| <b>Trabajador beneficiario de Ley<br/>50/1990</b> | <b>Docente cobijado por la Ley 91/89</b> |
|---------------------------------------------------|------------------------------------------|

<sup>18</sup> 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<br>Saldo total de cesantías: \$12.000.000<br>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000<br>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u> | Salario: \$1.200.000<br>Saldo total de cesantías: \$12.000.000<br>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000<br>- 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 1989<sup>19</sup>.

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.

<sup>19</sup> 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:**

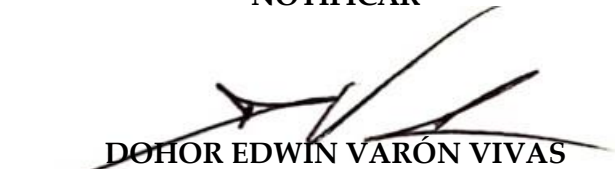
**PRIMERO:** Se **confirma** la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Diana Patricia Álzate Osorio contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones 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. 53 de 2023.

**NOTIFICAR**

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado Ponente

  
**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

  
**AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para su trámite, recibido por ventanilla virtual de segunda instancia.

**VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS**  
Secretaria

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, primero (01) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)  
A.I. 290

|                  |                                                                                                                               |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17001-33-33-001-2022-00145-02                                                                                                 |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                        |
| ACCIONANTE       | BLANCA LUCY MARTÍNEZ GARCÍA                                                                                                   |
| ACCIONADO        | LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada el 27 de junio de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 10 de julio de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 23 de junio de 2023.

Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes,

Se advierte a todas las partes que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es [sgtadmincld@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadmincld@notificacionesrj.gov.co), toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 153

Fecha: 04 de septiembre de 2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 204

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

**Radicado:** 17-001-23-33-000-2022-00249-00  
**Naturaleza:** Protección de derechos e intereses colectivos  
**Demandante:** José Israel López Tamayo  
**Demandados:** Municipio de Manizales y otros

Se procede a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

**I. Antecedentes**

**1. La demanda**

La parte demandante señala que, es habitante de la vereda Alto El Guamo sector El Reposo, en la vía que conduce al sector Hoyo Frío; finca Berlín, áreas rurales del municipio de Manizales. Que en el sector de Hoyo Frío se encuentran compañías madereras, aguacateras y una pequeña central hidroeléctrica, las cuales por su actividad requieren de un flujo constante de vehículos pesados desde y hacia ellos.

Que el tráfico de vehículos, sumado a las características propias del sector y el mal manejo de aguas residuales de predios vecinos han causado socavación y cambios en los terrenos cercanos a su vivienda, lo cual a su vez ha derivado en fenómenos de inestabilidad.

Que en noviembre de 2021, el talud posterior a su vivienda presentó un deslizamiento afectando la estabilidad de la misma, por lo cual solicitó la comparecencia y concepto técnico de Corpocaldas, quien realizó visita al sector, dejando evidencia de ello a través de oficio 2022-IE-00003692, en el que plasmó sus impresiones sobre la problemática y recomendaciones sobre el manejo de aguas lluvias de las viviendas, indicándose además que, en el sector existe un mal vertimiento de las aguas domésticas hacia la vía.

Por lo expuesto, solicita la protección de los “derechos e intereses colectivos de la comunidad” y por tanto, se ordene: i) *realizar las obras de estabilidad y mitigación del riesgo de los taludes ubicados en el sector objeto de la problemática; ii) construir un box culvert y/o las obras que sean requeridas para lograr la correcta canalización de las aguas que son vertidas a la vía del sector; iii) realizar la pavimentación de la vía principal particularmente en el sector objeto de la problemática; o bien construcción de placas huella, con sus respectivas cunetas y demás obras de manejo de aguas necesarias para las mismas; iv) realizar el emparejamiento del peralte que colinda con la vivienda con el fin de que las aguas no se viertan directamente sobre el talud que colinda con mi vivienda y evitar el atascamiento de vehículos... la construcción de pantalla en la zona del talud en el cual se hace mención para evitar que el mismo continúe desestabilizándose; y v) realizar las demás obras que sean necesarias.*

## **2. Informe de las accionadas y vinculadas**

### **2.1. Aguas de Manizales S.A. E.S.P.**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del demandante, señaló que no le constan los hechos descritos en la demanda toda vez que el objeto de la entidad no es el manejo de aguas lluvias y estabilidad de las zonas.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Inexistencia de violación a los derechos colectivos por parte de Aguas de Manizales S.A. E.S.P”* y *“Genérica”*.

### **2.2. Invias**

Se opuso a las pretensiones de la parte actora; en cuanto a los hechos de la demanda manifestó que se estaría a lo demostrado en el proceso. Señaló que no es el responsable del sistema de aguas lluvias domiciliarias, así como del acueducto y alcantarillado, pues dicha responsabilidad es del municipio de Manizales y las empresas de servicios públicos en el sector.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“Falta legitimación en la causa por pasiva de Instituto Nacional de Vías”*; *“inexistencia de responsabilidad respecto del Instituto Nacional de Vías”*; *“Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos respecto del Instituto Nacional de Vías”*; *“Culpa exclusiva del actor popular señor José Israel López Tamayo y de los habitantes de la vereda sector el reposo”*; *“Culpa de Corpocaldas y del municipio de Manizales”* y *“genérica”*.

### **2.3. Corpocaldas**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, señaló que ha cumplido con sus obligaciones legales, realizando visitas y seguimiento a la zona, emitiendo recomendaciones técnicas y dando traslado de ellas a la autoridad municipal; refirió como ciertos los hechos relacionados con la ubicación y el flujo de vehículos que transitan por esa zona; también señaló como cierto el hecho de que en la zona se ha causado socavación y cambios en los terrenos cercanos a la vivienda del actor, generando proceso de inestabilidad.

Señaló que, los procesos erosivos observados sobre la vía obedecen al mal estado de las cunetas en tierra, la concentración de escorrentías de aguas lluvias superficiales, la falta de obras hidráulicas adecuadas para el manejo de estas aguas, como transversales con sus respectivos descoles hasta los drenajes cercanos, con la consecuente generación de proceso erosivos de profundización por los costados de la vía. Que adicionalmente, se presenta el vertimiento no controlado o inadecuado de aguas residuales directamente a la cuneta en tierra de la vía y ausencia de manejo de aguas lluvias en las viviendas del sector; la suma de estos factores, hacen que el sector presente una alta susceptibilidad a la generación de procesos de inestabilidad y de erosión pluvial.

Que siete viviendas del sector vierten sus aguas residuales domésticas sobre las cunetas de la vía carretable, sin embargo, algunas de ellas cuentan con sistemas de tratamiento, pero debido a la falta de mantenimiento optaron por verter directamente a la vía, generando malos olores; estos puntos de vertimientos de aguas residuales de las viviendas del sector sobre la vía, incrementan los caudales de aguas por esta.

Que ante dichas situación, Corpocaldas realizó la visita al sector, prestando asesoría a la comunidad, dando las recomendaciones sobre el manejo adecuado de los vertimientos y sobre el tratamiento de las aguas residuales, así como los requerimientos correspondientes a la autoridad municipal para que conforme a sus competencias realice las gestiones necesarias ya sea de manera particular o ante la empresa prestadora del servicio público de alcantarillado de Manizales para que se dé tratamiento a esta problemática ambiental.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“Falta de legitimación en causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección de derechos e intereses colectivos cuyo amparo se solicita” y “Cumplimiento Integral y diligente de las funciones asignadas por la Ley a la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”*.

#### **2.4. Municipio de Manizales**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante; con fundamento en concepto técnico suscrito por la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales oficio UGR 2881-2022 del 16 de noviembre de 2022 señaló que, no se puede atribuir al municipio la vulneración de derechos colectivos, cuando el informe referido contiene las evidencias del trabajo realizado, acreditando los esfuerzos mancomunados que se han realizado por las entidades accionadas.

Sostuvo que, salvo el mantenimiento de la carretera por parte de las autoridades competentes (Invías- Alcaldía), son los propietarios y usuarios de la zona, quienes deben asumir responsabilidades en el autocuidado necesario con el fin de captar y entregar de forma adecuada las aguas lluvias y domiciliarias (pozos sépticos), las aguas residuales, el cuidado de taludes y posible abuso de la vía.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones: *“Improcedencia de la acción”; “Moralidad administrativa”; “Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción”; “carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos”; “Culpa exclusiva de un tercero, competencia de los propietarios – poseedores o tenedores de los inmuebles para la solución de la problemática – Falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza del municipio – competencia de otras entidades” y “Genérica”*.

#### **2.5. Reforestadora El Guásimo S.A.S.**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos manifestó que no le constaba o que no son ciertos.

Por lo anterior propuso las excepciones: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”; “Ausencia de vulneración de derechos colectivos por parte de Reforestadora El Guásimo”; “Improcedencia de la acción popular”; “Cumplimiento de las obligaciones por parte de Reforestadora El Guásimo”; “Culpa exclusiva de la víctima – ausencia de nexo causal” y “Genérica”*.

### **3. Audiencia de Pacto**

Se celebró el 16 de agosto de 2023 y se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes.

### **4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público**

#### **4.1. Municipio de Manizales**

Expuso respecto al sector objeto del proceso que, siempre ha existido el tramo sin pavimentar y con la intervención que se realiza por parte de la Secretaría de Obras en convenio con el Comité de Cafeteros se ha cumplido con el deber constitucional que recae sobre el ente territorial. Sostuvo que, dentro del inventario de obras viales del municipio, se vinculó la vía que es materia de análisis.

Concluyó que, no se logró demostrar que exista un perjuicio por la acción u omisión de alguna autoridad del municipio de Manizales.

#### **4.2. Aguas de Manizales S.A. E.S.P**

Reiteró que no tiene infraestructura en el sector en cuestión, razón por la cual, no es el responsable de prestar sus servicios, al paso que señaló al municipio de Manizales, como la entidad encargada de prestar los servicios requeridos en el sector.

#### **4.3. Invias**

Señaló que no es la responsable del manejo de aguas lluvias domiciliarias, tampoco de acueducto y alcantarillado en el sector, función que corresponde al municipio y de las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios. De igual manera señaló que, corresponde a los propietarios de los predios vecinos, construir los pozos sépticos, así como las canales y cámaras de inspección para la captación y entrega de las aguas lluvias domiciliarias. Solicitó que fueran declaradas probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

#### **4.4. Corpocaldas**

Señaló que, está en cabeza de los habitantes de la zona, realizar el tratamiento y adecuada disposición de sus aguas residuales, tanto por el tema ambiental, como por el deterioro de la vía, y en su defecto, el municipio de Manizales en cumplimiento de su deber Constitucional y legal.

Indicó que la vía es de propiedad del municipio, el cual ha realizado convenio con el Comité de Cafeteros para su reparación periódica y la ha incluido dentro del inventario de necesidades de la red vial, con el fin de invertir en su mejoramiento, pero a la fecha aún existen adecuaciones pendientes. Solicitó que se le exonere de responsabilidad.

#### **4.5. Concepto Ministerio Público**

Señaló que la problemática que es materia de esta acción constitucional y que se ha evidenciado con los elementos probatorios que obran en el plenario, debe ser solucionada por el propietario de la vía, que en este caso es el municipio de Manizales. En cuanto a los inadecuados vertimientos, constituye una situación que debe ser solucionada por los residentes del sector.

Concluyó que, al acreditarse en el proceso la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres y al goce del espacio público, ante las inadecuadas condiciones de la vía pública “*Alto del Guamo-Hoyo Frío*” ubicada en la vereda Alto del Guamo, por causa de las acciones y omisiones en que han incurrido el municipio de



Manizales, es procedente que en la sentencia se decrete su protección y se dicten las órdenes necesarias para hacer cesar la vulneración y asegurar la efectividad de esas garantías.

## II. Consideraciones

### 1. Problemas jurídicos

De conformidad con la demanda y su contestación, se centran en determinar: *¿Se encuentra acreditada la existencia de una amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, teniendo en cuenta las condiciones de la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” ubicada en la vereda Alto del Guamo del municipio de Manizales?*

En caso afirmativo: *¿A qué entidad es imputable la afectación de los derechos colectivos? y ¿Cuáles son las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos?*

### 2. Primer problema jurídico

#### 2.1. Tesis del Tribunal

Se encuentra acreditada la amenaza y vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres y al goce del espacio público debido al mal estado de la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” ubicada en la vereda Alto del Guamo, la presencia de procesos erosivos y de inestabilidad de unos taludes que generan una amenaza por remoción en masa o deslizamiento en la vía, derivados de: i) la falta de mantenimiento de la vía, y ii) la ausencia de obras para el manejo de las aguas que discurren sobre la vía.

Para soportar lo anterior se analizará: i) la acción popular y alcance de los derechos colectivos invocados; ii) los hechos probados y iii) el análisis del caso concreto.

#### 2.2. La acción popular y alcance de los derechos colectivos invocados

De acuerdo con su definición constitucional - artículo 88 de la Constitución Política- y legal -artículo 2, inciso 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos consagrados por la Constitución y la ley, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Se trata, según lo dispuesto por el artículo 9º de la precitada ley, de acciones que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades o particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Por ende, a la luz de lo dispuesto por los artículos 2º y 9º *ejusdem*, la acción popular se ha calificado como un medio procesal de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, dependiendo de las particularidades del caso.

Conforme a los hechos y pretensiones invocados por la parte demandante, se señalan como vulnerados los derechos a la seguridad y prevención de desastres y al goce del espacio público.

**En cuanto al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente:** se encuentra consagrado en el literal 1) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, y está orientado *“a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la*

*reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio”<sup>1</sup>.*

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública.

De ahí que, el Consejo de Estado haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de *“evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”<sup>2</sup>*. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva y también reactiva que instaure como estándar de sus actuaciones. *“Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales”<sup>3</sup>*.

**En cuanto al derecho al goce del espacio público:** el artículo 82 de la Constitución establece que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”*. En concordancia, el Decreto 1504 de agosto 4 de 1998, *“Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”*, sobre el espacio público y su destinación señala en su artículo primero que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”*.

Con respecto al concepto de espacio público el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, prevé:

*“Artículo 5º Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.*

*“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, [...], y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”*

El artículo 674 del Código Civil sobre los bienes públicos y de uso público, señala: *“Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. 26 de marzo de 2015. Rad.: 15001-23-31-000-2011-00031-01

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. 2005-01449-01(AP).

*los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio”.*

Acerca de la utilización del espacio público, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*“En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común [...] En principio, el uso del espacio público, en tanto derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares”<sup>4</sup>.*

Así, el goce del espacio público, incluye los derechos a circular libremente por el territorio nacional<sup>5</sup> y a usar las carreteras como bienes de uso público, así como la correlativa obligación del Estado de garantizar la integridad del espacio público y su destinación al uso común<sup>6</sup>.

### 2.3. Los hechos probados

- Corpocaldas a través de oficio 2022-IE-00003692 del 16 de febrero de 2022<sup>7</sup>, informó que realizó visita de carácter técnico, y respecto al predio del accionante, que se encuentra ubicado en la vereda El Reposo, que colinda con la vía que del Guamo conduce a la vereda Hoyo Frio, señaló:

- *La vivienda y predio colindan con la vía que del Guamo conduce a la vereda Hoyo Frio.*
- *En este sector se observó un talud afectado por un proceso de inestabilidad activo, correspondiente a un deslizamiento traslacional, con dimensiones aproximadas de 15m de ancho por 5m de altura y 1m de espesor, ocurrido a finales de noviembre de 2021.*
- *En la parte superior del talud se localiza la vivienda del señor José Israel López Tamayo y en la parte inferior, otra vivienda.*
- *Geológicamente, el terreno se compone de suelos residuales de cenizas volcánicas limosas y arenosas con alta permeabilidad.*
- *No se observó adecuado manejo de aguas lluvias en los techos de las viviendas, circulando éstas por el terreno.*
- *Se observaron afloramientos de aguas en la base del talud de la vivienda de la parte inferior; así mismo, desprendimientos superficiales del terreno, como consecuencia del escurrimiento de aguas lluvias. De igual manera, las conducciones de las aguas residuales no cuentan con capacidad suficiente, generando rebose de éstas hacia la vía.*
- *Los anteriores aspectos constituyen un escenario de riesgo para las viviendas y vía.*
- *Durante la visita, se nos informó además que por el mal estado de las cunetas vehiculares, las cuales se encuentran taponadas con sedimentos y maleza, generan, consecuentemente, la concentración de las aguas lluvias sobre la cuneta que da contra el talud y por ende,*

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

<sup>5</sup> ARTICULO 24. *Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”.*

<sup>6</sup> “ARTICULO 82. *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular*

<sup>7</sup> Pág. 30- AD “022”.

*profundización del terreno de hasta 2m, ocasionando que los vehículos se queden atrapados de manera constante.*

- *Así mismo, los descoles de la vía hacia la parte superior, han sido taponados por los propietarios de los predios para impedir que las aguas circulen por sus predios, hecho que incrementa los caudales de aguas que circulan por la cuneta en el sector de la problemática (...)."*

- La Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales, mediante oficio UGR 2342-2022 GED 58451-2022 del 13 de septiembre de 2022<sup>8</sup>, informó que realizó visita técnica a la vereda Alto del Guamo, en la que encontró lo siguiente:

*"...en el talud más próximo a la vivienda no se observan agrietamientos en la corona que indique un plano de falla existente. Las afectaciones del talud, según lo manifestado por el usuario están directamente ligadas al tránsito de vehículos pesados que se quedan atascados en la vía, no por una inestabilidad propia del talud, es decir, tiene causas de tipo antrópico, por lo que se considera viable un perfilado y siembra de especies como el vetiver.*

*En el talud, ubicado hacia la zona norte del predio que linda con la vía veredal, se observan asentamientos en la corona, no obstante, no se observan agrietamientos que conlleven a presumir que el movimiento se encuentra activo. No obstante, para mejorar las condiciones del terreno se considera pertinente que el propietario del predio realice la siembra de especies vegetales como el vetiver, matarratón, entre otros, que aporten a la estabilidad natural de terreno y controlen la erosión hídrica por efectos el agua lluvia".*

- El municipio de Manizales presentó informe S.P. 2000 – 809 del SPM 2737-23 del 3 de agosto de 2023<sup>9</sup> -en respuesta a prueba solicitada por la Reforestadora El Guásimo S.A.S.- sobre la categorización de la vía Alto del Guamo- Hoyo Frio, la faja de retiro obligatorio de la vía y si la vivienda del actor popular sen encuentra dentro de la faja de retiro obligatorio, en el que se señaló:

*"(...) la vía a la que se hace alusión corresponde conforme a lo establecido en el ACUERDO 0958 DE 2017 - "Por el cual se adopta la Revisión Ordinaria de Contenidos de Largo Plazo del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Manizales", a la categoría de Caminos Veredales. (CV).*

#### **3.2.2.4 SISTEMA DE MOVILIDAD**

##### **3.2.2.4.1.1 SUBSISTEMA VIAL RURAL**

*El subsistema vial rural se encuentra conformado por:*

**2. VÍAS RURALES** (denominadas veredales o de tercer orden): *integran el sector rural uniendo las cabeceras municipales con sus veredas o uniendo veredas entre sí.*

*(...)*

*Se itera, lo contestado al segundo punto de la solicitud. Además, sobre el predio en cuestión a partir de Ficha Catastral No. 170010001000000090032000000000 y extraído de informe de la Unidad de Gestión del Riesgo y demanda, se adjunta el plano en archivo PDF con las convenciones conforme al Sistema Estructurante – Rural; reiterando en este orden de ideas, que no aplica el retiro conforme a lo establecido por la normatividad vigente..."*

- Corpocaldas presentó informe 2023-IE-00021135 del 25 de julio de 2023<sup>10</sup> en el que, sobre el mantenimiento o recuperación de la vía del Alto del Guamo sector Hoyo Frío, adjuntó

---

<sup>8</sup> Pág. 48-54 AD "002"

<sup>9</sup> AD "092"

<sup>10</sup> Pág. 10-20 AD "088"

17-001-23-33-000-2022-00249-00 Acción Popular  
material fotográfico en donde se evidencia la situación del predio objeto de debate, como el siguiente:

*Figura 1, para dar respuesta a las presuntas “(...) afectaciones ocasionadas por las inestabilidades presentadas en el talud del sector, así mismo las socavaciones presentadas en la carretera y vertimiento de aguas residuales hacia la vía veredal que se presentan en la carretera del Alto el Guamo - sector Hoyo Frío, en el predio del demandante y predios aledaños”*



**Figura. 1. Localización del predio del Accionante**

*En los taludes inspeccionados en la zona objeto de la solicitud del accionante, se observan tres taludes (Figura 2) que se encuentran descritos dentro del proceso de acción popular interpuesta por el señor José Israel López Tamayo.*



**Figura. 2. Localización de los taludes inspeccionados**

*El talud identificado como 1 mostrado en la Figura 2, presenta un pequeño deslizamiento ubicado en la parte superior de la vía que conduce a la Vereda Hoyo Frío, en el cual compromete depósitos de caída piroclástica (ceniza).*





Figura. 3. Talud zona 1

En visita realizada el día 31 de octubre de 2022 en respuesta al PQR No. 2022-EI00017183 solicitado por el Señor José Israel López Tamayo, se evidenció “El factor detonante del deslizamiento fueron los eventos pluviométricos de gran intensidad y duración que han afectado la zona en las últimas semanas. Los factores coadyuvantes son: la presencia de suelos de origen volcánico - sedimentario los cuales son muy susceptibles a la acción erosiva del agua lluvia, la fuerte pendiente del talud y las coberturas del mismo, las cuales se caracterizan por pastos y arvenses de bajo porte que no favorecen la estabilidad del talud puesto que su sistema radicular no aporta un anclaje al suelo”.

Como resultado de la visita del 19 de Julio de 2023, se observó la susceptibilidad de los suelos que componen el talud en mención. Los suelos producto de los depósitos de caída piroclástica contienen en la corona de los taludes y las zonas intermedias fragmentos de lapilli producto de la actividad volcánica del complejo Ruiz – Tolima. Los fragmentos de lapilli observados están dispuestos en capas horizontales principalmente sobre la corona del talud. Esta ubicación favorece la infiltración de las aguas producto de la escorrentía proveniente de los potreros localizados en la zona alta del talud inspeccionado.



Figura. 4. Susceptibilidad del suelo del talud 1

El proceso de deterioro observado en el talud 1 (superior a la vía) obedece a la escorrentía que se produce en la parte alta en la zona de los potreros la cual, una parte se infiltra y la otra, escurre libremente por el talud generando la erosión o desprendiendo material tipo lapilli como se evidencia en la Figura 4.

(...)

El talud 2 (superior a la vía) está compuesto por un depósito de caída piroclástica, en el cual se observa la cicatriz de un deslizamiento ocurrido en meses anteriores (Figura 6).



Figura. 6. Panorámica talud 2

*En la base del talud no se observan procesos de socavación, el proceso está más relacionado con la infiltración de agua lluvia en la parte alta del talud, lo cual posteriormente causa la saturación de los suelos. Lo anterior, favorecido por la presencia de una zona de pendiente muy baja localizado en el predio del accionante (Figura 7).*

*(...)*

***Sobre el particular, es importante precisar, que la construcción de esta vía, por los radios de giro de las curvas horizontales y pendiente longitudinal, fue necesario construir peraltes que permitieran el tránsito seguro de los vehículos. En la visita se logró determinar que los peraltes actuales de la vía no generan el escurrimiento de agua lluvia sobre el predio del accionante, como se evidencia en la Figura 10.***

*En la Figura 10 se muestra el sentido en el cual se encuentra el peralte de la vía y la trayectoria del agua lluvia de escorrentía superficial en las proximidades del predio del accionante, lo cual muestra que las aguas que transitan por la vía, en su gran mayoría, no afectan al predio en mención, como consecuencia de los peraltes que presenta este tramo de la vía.*

*En el talud 1, si puede ser potencialmente afectado por procesos de socavación inducidos por las aguas de escorrentía que circulan por la cuneta de la vía, producto de los amplios recorridos desde la transversal más cercana al predio y las áreas aferentes, estos fenómenos podrían provocar profundización de la cuneta y posteriormente, afectaciones sobre la base del talud 1.*

*(...)*

*En la visita de campo realizada el día 19 de julio de 2023, NO se detectó el vertimiento de aguas residuales directamente a la vía. Se identificaron dos pozos sépticos en la porción inferior del predio del accionante, los cuales tienen conectadas las aguas lluvias del predio del accionante.*

*(...) (Se destaca)*

- El demandante José Israel rindió declaración de parte, refiriendo lo siguiente:
  - Respecto al manejo de aguas residuales indicó que su vivienda cuenta con canales y bajantes que conducen a una cámara, los cuales son conducidos a un pozo séptico y que éstos últimos cuentan con alcantarillados y de ahí se conduce a la carretera y es depositado en el “monte”.
  - Que las demás viviendas del sector cuentan con pozos sépticos, pero que las aguas residuales que se encuentran en esos pozos son vertidas a la carretera.
  - Que en el sector existen alrededor de 35 viviendas y que todas ellas vierten las aguas a la carretera.
- La señora Diana Cristina Restrepo Agudelo, rindió declaración ante el despacho sustanciador, quien manifestó que labora al servicio de Corpocaldas desde el 27 de enero de 2022, en calidad de Técnico Administrativo grado 16 en el área de Recurso Hídrico de la

Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental; sobre los vertimientos y aguas residuales en el sector, manifestó:

- Que realizó una verificación en 2022 en el sector, encontrando que las 5 viviendas realizan el vertimiento de las aguas residuales sobre las cunetas de la vía.
- Que dichas aguas residuales provienen de sistemas de tratamiento que no se les hace mantenimiento desde que se instaló, hace más de 5 años, razón por la cual en esa fecha realizó el requerimiento a los propietarios para que lo realizaran.
- Que con posterioridad, acudió nuevamente a verificar al sector, no obstante, observó que la problemática subsistía.

#### **2.4. Análisis sustancial del caso concreto**

El demandante señaló que, en el sector de Hoyo Frío, vereda Alto el Guamo del municipio de Manizales, debido al tráfico de vehículos pesados, el mal manejo de aguas residuales de los predios vecinos, han causado socavación y cambios en los terrenos cercanos a su vivienda, derivando en fenómenos de inestabilidad, por lo que solicita, se ordene realizar las obras de estabilidad y mitigación del riesgo de los taludes, la pavimentación de la vía principal particularmente en el sector objeto de la problemática, o bien construcción de placas huella, con sus respectivas cunetas y demás obras de manejo de aguas necesarias para las mismas, entre otras.

El municipio de Manizales señaló en síntesis que, dicho sector hace parte del inventario vial rural a su cargo, la cual es atendida en cada vigencia en el marco del convenio de “*Mantenimiento de Vías Rurales*” que se suscribe con el Comité de Cafeteros de Caldas, por lo que no se puede atribuírsele la vulneración de derechos colectivos. Que además, el predio donde se encuentra el talud es propiedad privada, razón por la cual no cuenta con la facultad para realizar inversiones de recursos públicos y que son los propietarios y usuarios de la zona quienes deben asumir responsabilidades en el autocuidado necesario con el fin de captar y entregar de forma adecuada las aguas lluvias y domiciliarias, las aguas residuales, el cuidado de taludes y posible abuso de la vía.

Corpocaldas indicó que, la vía objeto del proceso es del orden municipal y presenta procesos erosivos que obedecen al mal estado de las cunetas en tierra, la concentración de escorrentías de aguas lluvias superficiales, la falta de obras hidráulicas adecuadas para el manejo de estas aguas, como transversales con sus respectivos descoles hasta los drenajes cercanos, con la consecuente generación de proceso erosivos de profundización por los costados de la vía. Adicionalmente, se presenta el vertimiento no controlado o inadecuado de aguas residuales directamente a la cuneta en tierra de la vía y ausencia de manejo de aguas lluvias en las viviendas del sector; la suma de estos factores, hacen que el sector presente una alta susceptibilidad a la generación de procesos de inestabilidad y de erosión pluvial.

Por su parte, Aguas de Manizales señaló que no cuenta con infraestructura en el sector objeto del proceso, debido a que no hace parte de su zona de prestación de servicios. Invías señaló que no es el responsable del sistema de aguas lluvias domiciliarias, así como del acueducto y alcantarillado. La Reforestadora El Guásimo señaló que, el manejo, conservación, intervención, construcción y demás actividades de mejoramiento de la vía corresponden al municipio de Manizales.

La Sala, de acuerdo con las pruebas recaudadas encuentra acreditado que, en efecto existe una situación problemática que aqueja al sector objeto de debate, consistente en el mal estado de la vía, la presencia de procesos erosivos y de inestabilidad de unos taludes que



generan una amenaza por remoción en masa o deslizamiento en la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” lo cual conlleva a la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres y al goce del espacio público.

Al respecto, Corpocaldas en los informes presentados señaló que, en el predio del señor José Israel López Tamayo se observó un talud afectado por un proceso de inestabilidad activo, correspondiente a un deslizamiento traslacional, ocurrido a finales de noviembre de 2021<sup>11</sup>. Preciso además que: *“Geológicamente, el terreno se compone de suelos residuales de cenizas volcánicas limosas y arenosas con alta permeabilidad”. “Se observaron afloramientos de aguas en la base del talud de la vivienda de la parte inferior; así mismo, desprendimientos superficiales del terreno, como consecuencia del escurrimiento de aguas lluvias” y concluyó que: “Los anteriores aspectos constituyen un escenario de riesgo para las viviendas y vía...”*.

Asimismo, la autoridad medio ambiental, en informe 2023-IE-00021135 del 25 de julio de 2023<sup>12</sup>, sobre el predio del actor popular señaló que *“se presenta una amenaza media y alta por procesos de remoción en masa o deslizamientos”*; precisó además que, en visita realizada el 19 de julio de 2023 se observó:

*“...la susceptibilidad de los suelos que componen el talud en mención. Los suelos producto de los depósitos de caída piroclástica contienen en la corona de los taludes y las zonas intermedias fragmentos de lapilli producto de la actividad volcánica del complejo Ruiz – Tolima. Los fragmentos de lapilli observados están dispuestos en capas horizontales principalmente sobre la corona del talud. Esta ubicación favorece la infiltración de las aguas producto de la escorrentía proveniente de los potreros localizados en la zona alta del talud inspeccionado.”*

En cuanto a las causas antrópicas de esos procesos de inestabilidad de los taludes de la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío”, Corpocaldas en los informes presentados<sup>13</sup> señaló que:

- *No se observó adecuado manejo de aguas lluvias en los techos de las viviendas, circulando éstas por el terreno.*
- *De igual manera, las conducciones de las aguas residuales no cuentan con capacidad suficiente, generando rebose de éstas hacia la vía.*
- *Durante la visita, se nos informó además que por el mal estado de las cunetas vehiculares, las cuales se encuentran taponadas con sedimentos y maleza, generan, consecuentemente, la concentración de las aguas lluvias sobre la cuneta que da contra el talud y por ende, profundización del terreno de hasta 2m, ocasionando que los vehículos se queden atrapados de manera constante.*
- *Así mismo, los descoles de la vía hacia la parte superior, han sido taponados por los propietarios de los predios para impedir que las aguas circulen por sus predios, hecho que incrementa los caudales de aguas que circulan por la cuneta en el sector de la problemática.*
- *Por otro lado, se observaron varios puntos de vertimientos de aguas residuales de las viviendas del sector sobre la vía, hecho que incrementa los caudales de aguas por esta.*

En informe 2023-IE-00021135 del 25 de julio de 2023<sup>14</sup>, señaló que: *“...la construcción de esta vía, por los radios de giro de las curvas horizontales y pendiente longitudinal, fue necesario construir peraltes que permitieran el tránsito seguro de los vehículos. En la visita se logró determinar que los peraltes actuales de la vía no generan el escurrimiento de agua lluvia sobre el predio del accionante”*.

---

<sup>11</sup> Pág. 30 AD “022”

<sup>12</sup> Pág. 10-20 AD “088”

<sup>13</sup> Pág. 30 AD “022”

<sup>14</sup> Pág. 10-20 AD “088”

Por otro lado, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., en informe técnico del 10 de noviembre de 2022, sobre el sector objeto de análisis, señaló: “...se observa la vía en regular estado, falta de cunetas y desprendimiento de tierra en talud frente al predio y en la parte trasera del inmueble se observa cicatriz de deslizamiento viejo.”<sup>15</sup>

Así, los informes presentados son coincidentes en cuanto a la presencia de procesos de inestabilidad de unos taludes de la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” y que estos son generados por la falta de mantenimiento de la vía, la ausencia de obras para el manejo de las aguas que discurren sobre la vía.

Se resalta que, si bien la situación de riesgo se presenta principalmente en el predio del actor popular, ello no es suficiente para afirmar que se trata de derechos particulares, pues dicha situación afecta a todos los usuarios de la vía, y en especial a los habitantes de la zona.

## 2.5. Conclusión

Se encuentra acreditada la amenaza y vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres y al goce del espacio público debido al mal estado de la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” ubicada en la vereda Alto del Guamo, la presencia de procesos erosivos y de inestabilidad de unos taludes que generan una amenaza por remoción en masa o deslizamiento en la vía, derivados de: i) la falta de mantenimiento de la vía, y ii) la ausencia de obras para el manejo de las aguas que discurren sobre la vía.

## 3. Segundo problema jurídico ¿A quién es imputable la afectación de los derechos colectivos?

### 3.1. Tesis del Tribunal

La afectación de los derechos colectivos a seguridad y prevención de desastres y al goce del espacio público es imputable al municipio de Manizales, pues es el responsable directo del mantenimiento y adecuación de la vía; de realizar las obras que contribuyan a la mitigación del riesgo; de la construcción y mantenimiento de las obras necesarias para el manejo de aguas que discurren en la vía; así como de vigilar y controlar que los particulares cumplan la normativa pertinente sobre el manejo y tratamiento de las aguas lluvias y residuales de sus viviendas; lo cual ha omitido cumplir a pesar de tener conocimiento de la situación.

Para soportar lo anterior se analizará: i) la competencia en materia de prevención del riesgo y mantenimiento de las vías; y ii) el caso concreto.

### 3.2. Competencia en materia de prevención del riesgo

El artículo 76 de la Ley 715 de 2001 sobre distribución de recursos y competencias señala que, corresponde a los municipios: “... directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, **financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:**

(...)

76.9. En prevención y atención de desastres

Los municipios con la cofinanciación de la Nación y los departamentos podrán:

76.9.1. Prevenir y atender los desastres en su jurisdicción.

---

<sup>15</sup> Ver AD. “AP-22-29 INFORME TÉCNICO”

76.9.2. *Adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y reubicación de asentamientos.*”

La ley 1523 de 2012 sobre política nacional del riesgo de desastre dispone:

*“Artículo 14. Los Alcaldes en el Sistema Nacional. Los alcaldes como jefes de la administración local representan al Sistema Nacional en el Distrito y el municipio. El alcalde, como conductor del desarrollo local, es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción. (...)”*

De acuerdo con lo expuesto, corresponde al Estado, a través de los municipios, implementar procesos de conocimiento y de reducción del riesgo, así como acciones tendientes al manejo de desastres en su territorio, garantizando la puesta en marcha y mantenimiento de los procesos que propendan por la gestión del riesgo en su territorio.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las **Corporaciones Autónomas Regionales**, el artículo 30 de la Ley 99 de 22 de diciembre de 1993, establece que, tendrán por objeto “(...) *la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, así como dar cumplida y oportuna aplicación a las disposiciones legales vigentes sobre su disposición, administración, manejo y aprovechamiento, conforme a las regulaciones, pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente (...)”*.

Dichas Corporaciones Autónomas Regionales integran el **Sistema Nacional de Gestión del Riesgo** según lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1523 de 2012, normativa que también establece que deben apoyar a las entidades territoriales de su jurisdicción en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo, en los siguientes términos:

*“Artículo 31. Las Corporaciones Autónomas Regionales en el Sistema Nacional. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible, que para efecto de la presente ley se denominarán las corporaciones autónomas regionales, como integrantes del sistema nacional de gestión del riesgo, además de las funciones establecidas por la Ley 99 de 1993 y la Ley 388 de 1997 o las leyes que las modifiquen. Apoyarán a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo y los integrarán a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo.*

*Parágrafo 1º. El papel de las corporaciones autónomas regionales es complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones, y estará enfocado al apoyo de las labores de gestión del riesgo que corresponden a la sostenibilidad ambiental del territorio y, por tanto, no eximen a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres.*

*Parágrafo 2º. Las corporaciones autónomas regionales deberán propender por la articulación de las acciones de adaptación al cambio climático y la de gestión del riesgo de desastres en su territorio, en virtud que ambos procesos contribuyen explícitamente a mejorar la gestión ambiental territorial sostenible.*

*Parágrafo 3º. Las corporaciones autónomas regionales como integrantes de los consejos territoriales de gestión del riesgo, en desarrollo de los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, deben apoyar a las entidades territoriales que existan*

*en sus respectivas jurisdicciones en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de acuerdo con el ámbito de su competencia y serán corresponsables en la implementación.*

**Parágrafo 4º.** *Cuando se trate de Grandes Centros Urbanos al tenor de lo establecido en la Ley 99 de 1993, en lo relativo a los comités territoriales, harán parte de estos las autoridades ambientales locales...". (Se destaca).*

Asimismo, se destaca que las funciones encomendadas a cada uno de los integrantes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo están regidas por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, los cuales fueron definidos por la misma Ley 1523 de 2012 de la siguiente manera:

**“12. Principio de coordinación:** *La coordinación de competencias es la actuación integrada de servicios tanto estatales como privados y comunitarios especializados y diferenciados, cuyas funciones tienen objetivos comunes para garantizar la armonía en el ejercicio de las funciones y el logro de los fines o cometidos del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.*

**13. Principio de concurrencia:** *La concurrencia de competencias entre entidades nacionales y territoriales de los ámbitos público, privado y comunitario que constituyen el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres, tiene lugar cuando la eficacia en los procesos, acciones y tareas se logre mediante la unión de esfuerzos y la colaboración no jerárquica entre las autoridades y entidades involucradas. La acción concurrente puede darse en beneficio de todas o de algunas de las entidades. El ejercicio concurrente de competencias exige el respeto de las atribuciones propias de las autoridades involucradas, el acuerdo expreso sobre las metas comunes y sobre los procesos y procedimientos para alcanzarlas.*

**14. Principio de subsidiariedad:** *Se refiere al reconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales para ejercer sus competencias. La subsidiariedad puede ser de dos tipos: la subsidiariedad negativa, cuando la autoridad territorial de rango superior se abstiene de intervenir el riesgo y su materialización en el ámbito de las autoridades de rango inferior, si estas tienen los medios para hacerlo. La subsidiariedad positiva, impone a las autoridades de rango superior, el deber de acudir en ayuda de las autoridades de rango inferior, cuando estas últimas, no tengan los medios para enfrentar el riesgo y su materialización en desastre o cuando esté en riesgo un valor, un interés o un bien jurídico protegido relevante para la autoridad superior que acude en ayuda de la entidad afectada [...]" (Se destaca).*

Tales principios están reconocidos en el artículo 288 de la Constitución Política como rectores en el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, y fueron desarrollados por la Ley 136 de 2 de junio de 1994<sup>16</sup>, que en su artículo 4º dispuso:

Artículo 4º.- Principios rectores del ejercicio de competencia. Modificado por el art. 3, Ley 1551 de 2012. Los municipios ejercen las competencias que les atribuye la Constitución y la Ley, conforme a los principios señalados en la Ley orgánica de ordenamiento territorial y en especial con sujeción a los siguientes:

a) **COORDINACIÓN:** *En virtud de este principio, las autoridades municipales al momento de desarrollar y ejercitar sus propias competencias deberán conciliar su actuación con el*

---

<sup>16</sup> “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

*principio armónico que debe existir entre los diferentes niveles de autoridad en ejercicio de sus atribuciones;*

*b) CONCURRENCIA: Cuando sobre una materia se asignen a los municipios, competencias que deban desarrollar en unión o relación directa con otras autoridades o entidades territoriales, deberán ejercerlas de tal manera que su actuación no se prolongue más allá del límite fijado en la norma correspondiente, buscando siempre el respeto de las atribuciones de las otras autoridades o entidades;*

*c) SUBSIDIARIEDAD: Cuando se disponga que los municipios pueden ejercer competencias atribuidas a otros niveles territoriales o entidades, en subsidio de éstos, sus autoridades sólo entrarán a ejercerlas una vez que se cumplan plenamente las condiciones establecidas para ellos en la norma correspondiente y dentro de los límites y plazos fijados al respecto.*

*Así mismo, cuando por razones de orden técnico o financiero debidamente justificadas, los municipios no puedan prestar los servicios que les impone la Constitución y la Ley, las entidades territoriales de nivel superior y de mayor capacidad deberán contribuir transitoriamente a la gestión de los mismos, a solicitud del respectivo municipio. Las gestiones realizadas en desarrollo de este principio se ejercerán sin exceder los límites de la propia competencia y en procura de fortalecer la autonomía local.*

De igual forma, es de tener en cuenta que el artículo 14 de la Ley 1523 de 2012 identifica al alcalde en su calidad de conductor del desarrollo local, como el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.

Por su parte, la Ley 1523 de 2012 igualmente hizo corresponsables a los habitantes del territorio, de la gestión del riesgo y, por tanto, deben actuar con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes y acatar lo dispuesto por las autoridades.

### **3.3. Competencia en materia de construcción y mantenimiento de las vías**

El artículo 82 de la Carta Política, señala que, es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Y el artículo 311, establece:

*“ARTÍCULO 311. Al Municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”.*

La Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, al respecto señala:

*“Artículo 6º: El artículo 3 de la Ley 136 de 1994 quedará así: Artículo 3º Funciones de los municipios. Corresponde al municipio:*

*[...]*

*23. En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal. Continuarán a cargo de la Nación las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales y del Departamento las que sean Departamentales”.*

La Ley 388 de 1997, también asigna a los municipios las siguientes funciones:

*“ARTICULO 8o. ACCIÓN URBANÍSTICA. La función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. Son acciones urbanísticas, entre otras:*

*[...]*

*9. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. (...).”*

De manera concreta la Ley 715 de 2001, que derogó la Ley 60 de 1993, dispone:

*“Artículo 76. Competencias del municipio en otros sectores. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:*

*76.4. En materia de transporte*

*76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente. Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación”.*

De acuerdo con lo anterior, es claro que, compete a los municipios la construcción y manteniendo de vías que estén a su cargo, para lo cual disponen no solo de los recursos propios sino también de los provenientes del Sistema General de Participaciones u otros recursos.

### **3.4. Análisis sustancial del caso concreto**

#### **3.4.1. En cuanto a la prevención del riesgo**

De acuerdo al marco jurídico previamente expuesto, corresponde al municipio, implementar procesos de conocimiento y de reducción del riesgo, así como acciones tendientes al manejo de desastres en su territorio, garantizando la puesta en marcha y mantenimiento de los procesos que propendan por la gestión del riesgo en su territorio. A Corpocaldas, respecto a la prevención de riesgo, le corresponde entre otras, apoyar al municipio en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo. Y a los miembros de la comunidad les corresponde actuar con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes y acatar lo dispuesto por las autoridades.

En el caso concreto, como se señaló en el análisis del problema jurídico anterior, se encuentra acreditada la presencia de procesos erosivos y de inestabilidad de unos taludes que generan una amenaza por remoción en masa o deslizamiento en la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” lo cual conlleva a la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de

*“El proceso de deterioro observado en el talud 1 (superior a la vía) obedece a la escorrentía que se produce en la parte alta en la zona de los potreros la cual, una parte se infiltra y la otra, escurre libremente por el talud generando la erosión o desprendiendo material tipo lapilli como se evidencia en la Figura 4.*

*(...)*

*El talud 2 (superior a la vía) está compuesto por un depósito de caída piroclástica, en el cual se observa la cicatriz de un deslizamiento ocurrido en meses anteriores (Figura 6).”*

Se encuentra demostrado además que, Corpocaldas realizó visita al sector el 14 de enero de 2022, la cual quedó consignada en el Informe Técnico 110-29, el cual a su vez, generó el ya citado informe 2022-IE-00003692 del 16 de febrero de 2022, en el que se analizó la problemática existente y se dieron una serie de recomendaciones técnicas para su tratamiento. Así mismo, de acuerdo con el informe 2022-IE-00006766 del 21 de marzo de 2022, dicha corporación dio traslado al municipio de Manizales de las recomendaciones técnicas emitidas por la Subdirección de Infraestructura Ambiental.

Lo anterior permite evidenciar, en primer lugar, el cumplimiento de las acciones de prevención y mitigación del riesgo por parte de Corpocaldas, sin que de otra parte se evidencie un incumplimiento de las obligaciones a su cargo y por tanto no le son imputables las causas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda. En segundo lugar, se evidencia que el municipio de Manizales fue enterado de la situación de riesgo que se presentaba en sector.

Ahora bien, se encuentra acreditado además, que la principal causa de la situación de riesgo es la insuficiente e inadecuada existencia de sistemas de canalización, conducción y vertimiento de las aguas que discurren sobre la vía, ello, según el oficio 2022-IE-00003692 del 16 de febrero de 2022<sup>18</sup>, en donde Corpocaldas, luego de visita de carácter técnico señaló:

*“(...)*

- No se observó adecuado manejo de aguas lluvias en los techos de las viviendas, circulando éstas por el terreno.*
- De igual manera, las conducciones de las aguas residuales no cuentan con capacidad suficiente, generando rebose de éstas hacia la vía.*
- Durante la visita, se nos informó además que por el mal estado de las cunetas vehiculares, las cuales se encuentran taponadas con sedimentos y maleza, generan, consecuentemente, la concentración de las aguas lluvias sobre la cuneta que da contra el talud y por ende, profundización del terreno de hasta 2m, ocasionando que los vehículos se queden atrapados de manera constante.*
- Así mismo, los descoles de la vía hacia la parte superior, han sido taponados por los propietarios de los predios para impedir que las aguas circulen por sus predios, hecho que incrementa los caudales de aguas que circulan por la cuneta en el sector de la problemática.*
- Por otro lado, se observaron varios puntos de vertimientos de aguas residuales de las viviendas del sector sobre la vía, hecho que incrementa los caudales de aguas por esta.*

---

<sup>17</sup> Pág. 10-20 AD “088”

<sup>18</sup> Pág. 30- AD “022”.

Así mismo, Corpocaldas presentó informe 2023-IE-00021135 del 25 de julio de 2023<sup>19</sup>, donde se evidencia la situación del predio objeto de debate, señalando lo siguiente:

*“En el talud 1, si puede ser potencialmente afectado por procesos de socavación inducidos por las aguas de escorrentía que circulan por la cuneta de la vía, producto de los amplios recorridos desde la transversal más cercana al predio y las áreas aferentes, estos fenómenos podrían provocar profundización de la cuneta y posteriormente, afectaciones sobre la base del talud 1. (...)*

*En la visita de campo realizada el día 19 de julio de 2023, NO se detectó el vertimiento de aguas residuales directamente a la vía. Se identificaron dos pozos sépticos en la porción inferior del predio del accionante, los cuales tienen conectadas las aguas lluvias del predio del accionante. (...)*”

En cuanto al manejo de las aguas lluvias y residuales, cuando no existe en la zona empresas prestadoras de servicios públicos que asuman la prestación directa del servicio de alcantarillado, los entes territoriales mantienen dentro de sus competencias la de garantizar que tal actividad se efectué de manera eficiente.

En estos casos, la obligación de los municipios se concreta entre otras en: “... 2) *dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes*”.<sup>20</sup>

Adicionalmente, el Decreto 1076 de 2015<sup>21</sup> sobre la responsabilidad del tratamiento de las aguas negras de los predios privados ubicados en la zona rural, y la prohibición de vertimientos en la vía pública, establece:

*“ARTÍCULO 2.2.1.1.18.1 Protección y aprovechamiento de las aguas. En relación con la conservación, protección y aprovechamiento de las aguas, los propietarios de predios están obligados a:*

*...*

*9. Construir pozos sépticos para coleccionar y tratar las aguas negras producidas en el predio cuando no existan sistemas de alcantarillado al cual puedan conectarse.*

*...*

*ARTÍCULO 2.2.3.3.4.3. PROHIBICIONES. No se admite vertimientos:*

*...*

*6. En calles, calzadas y canales o sistemas de alcantarillados para aguas lluvias, cuando quiera que existan en forma separada o tengan esta única destinación”.*

Al respecto, se encuentra acreditado que la demandada Aguas de Manizales S.A. E.S.P., no presta el servicio de alcantarillado en la zona, así, de conformidad con el Informe Técnico del 10 de noviembre de 2022 elaborado por esa entidad, se estableció que: “...la vivienda objeto de la demanda se encuentra en zona rural por fuera del área de prestación de servicio de la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P.-BIC, por lo cual esta empresa no posee en la zona infraestructura de acueducto y de alcantarillado.”<sup>22</sup>, de manera que resulta diáfano que Aguas de Manizales, no tiene la obligación de garantizar la adecuada prestación del servicio de alcantarillado en el sector. En este orden de ideas se declararán fundadas las excepciones:

---

<sup>19</sup> Pág. 10-20 AD “088”

<sup>20</sup> Ley 338 de 1997, artículo 8

<sup>21</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible

<sup>22</sup> Ver AD “AP-22-29 INFORME TECNICO”



*“Falta de legitimación en la causa por pasiva”; “Inexistencia de violación a los derechos colectivos por parte de Aguas de Manizales S.A. E.S.P.”” propuesta por esta demandada.*

Por lo tanto, corresponde al municipio de Manizales realizar las obras que contribuyan a la mitigación de inestabilidad de los taludes; a la construcción y mantenimiento de las obras necesarias para el manejo de aguas que discurren en la vía, así como vigilar y controlar que los particulares cumplan la normativa pertinente sobre el manejo y tratamiento de las aguas lluvias y residuales de sus viviendas, tales como los pozos sépticos, en especial evitando mezclar las aguas lluvias con las aguas residuales de las viviendas y que dichas aguas se viertan en la vía pública, así como de las obras necesarias para evitar el escurrimiento de aguas lluvias directamente por los taludes y las obras para el manejo de las aguas lluvias de los tejados, tales como canales y bajantes garantizando su correcta entrega al cauce natural más cercano, sin erosionar los taludes en las zonas de descarga.

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“De manera concreta, el artículo 76 de la Ley 715 de 2001, señala que corresponde a los municipios, **directa** o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes **la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.** (...)*

*Es claro que los municipios Viotá, Apulo y Tocaima, son las entidades responsables de la prestación del servicio público de agua en las veredas La Ceiba, La Horqueta y San Carlos. No obstante lo anterior, **son los dos últimos municipios quienes tienen la responsabilidad directa de construir, ampliar, rehabilitar y mejorar la infraestructura de los servicios públicos en sus jurisdicciones, conforme con lo dispuesto en los artículos 311, 315, 365 y 367 de la Constitución Política, 3° de la Ley 136 de 1994, 8° de la Ley 388 de 1997 y 76 de la Ley 75 de 2001.** ”<sup>23</sup> (Se resalta).*

Por lo tanto, la afectación del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres es imputable al municipio de Manizales, pues es el responsable directo de implementar acciones tendientes a realizar las obras que contribuyan a la mitigación de inestabilidad de los taludes; a la construcción y mantenimiento de las obras necesarias para el manejo de aguas que discurren en la vía, así como vigilar y controlar que los particulares cumplan la normativa pertinente sobre el manejo y tratamiento de las aguas lluvias y residuales de sus viviendas.

Cabe destacar que, en el referido oficio SOPM 2249 UG-VR-22 GED 58206-222 del 9 de septiembre de 2022<sup>24</sup>, la Secretaría de Obras del municipio de Manizales respecto a la solicitud de realizar las obras de estabilidad y mitigación del riesgo del talud, realizar la construcción de box culvert y/o las obras que sean requeridas para lograr la correcta canalización de las aguas que son vertidas a la vía, informó al actor popular que:

*“Teniendo en cuenta que toda la zona rural del Municipio presenta necesidades, siendo todas de igual importancia para esta administración, pero considerando que los recursos para cada vigencia tienen un límite y que la priorización de cada intervención se realiza mediante un*

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Primera; sentencia de 5 de marzo de 2015; radicación No. 23001-23-33-000-2013-00361-01(AP)

<sup>24</sup> Pág. 58-59 AD “002”

*clasificación que no solo tiene en cuenta la urgencia, la población afectada los riesgos a corto y mediano plazo, se informa que para esta vigencia no es posible atender su solicitud, sin embargo, se aclara que esta ya está dentro del inventario de intervenciones para atender en próximas vigencias fiscales”.*

Se precisa que, si bien se menciona en los informes aportados al proceso, que se observaron varios puntos de vertimientos de aguas residuales de las viviendas del sector sobre la vía, lo cual constituiría una infracción a las normas sobre vertimientos de aguas, como el Decreto 1076 de 2015, o el inadecuado manejo de las aguas lluvias, no se encuentra acreditado que ellas sean las causas directas y suficientes de la afectación de los derechos colectivos, pues lo que se evidencia es que la causa principal es la falta de obras en la vía, como transversales, cunetas, desagües, que permitan el manejo adecuado de las aguas que discurren por ella.

Además, de acuerdo con el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, la presunta *“responsabilidad de la comunidad en la causación del riesgo no constituye una causal de exoneración de responsabilidad para las autoridades públicas por haber omitido el cabal cumplimiento de sus funciones, en el marco de las competencias administrativas establecidas en el ordenamiento jurídico, por cuanto los entes territoriales no pueden excusar su responsabilidad alegando que la comunidad que sufre el riesgo es responsable de su causación por crear asentamientos ilegales y contaminar los afluentes hídricos, pues la violación de la ley por los ciudadanos en modo alguno exonera a las autoridades del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales...”*<sup>25</sup>.

De la respuesta anterior se desprende claramente que, el municipio conoce su responsabilidad frente a la situación de riesgo y ha omitido atender oportunamente sus obligaciones, siendo además claro para la Sala que, la falta de recursos económicos no es excusa para no adelantar ni ejercer las acciones pertinentes, en desarrollo de sus competencias.

### **3.4.2. En cuanto al mantenimiento de la vía**

En el caso concreto, mediante oficio SPM 2737-23 del 3 de agosto de 2023 la Secretaría de Planeación del municipio de Manizales, informó que la vía *“Alto del Guamo-Hoyo Frío - Guacaica”* ubicada en la vereda Alto del Guamo conforme al Acuerdo 0985 de 2017 *“Por el cual se adopta la Revisión Ordinaria de Contenidos de Largo Plazo del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Manizales”*, hace parte del inventario del sistema vial rural del municipio.

De acuerdo al marco jurídico previamente expuesto es claro que, corresponde a los municipios, la construcción y mantenimiento de vías que estén a su cargo. Por lo tanto, el mantenimiento y adecuación de la vía *“Alto del Guamo-Hoyo Frío”* ubicada en la vereda Alto del Guamo corresponde al municipio de Manizales.

De allí que, el Invias no cuenta con competencias administrativas, ni presupuestales para atender el mantenimiento y adecuación de la misma. Por lo que se declararán probadas las excepciones tituladas: *“Falta legitimación en la causa por pasiva de Instituto Nacional de Vías”*; *“inexistencia de responsabilidad respecto del Instituto Nacional de Vías”*; *“Carencia de prueba de la*

---

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; C.P. Dr. Hernando Sánchez Sánchez; sentencia de 16 de mayo de 2019; núm. único de radicación: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP).

vulneración o amenaza de derechos colectivos respecto del Instituto Nacional de Vías” propuestas por esta demandada.

En cuanto al mantenimiento de la vía, en el oficio SOPM 2249 UG-VR-22 GED 58206-222 del 9 de septiembre de 2022<sup>26</sup>, la Secretaría de Obras del municipio de Manizales informó al actor popular que:

*“Mediante convenio de asociación No. 2102150155 suscrito entre el Municipio de Manizales y el Comité Departamental de Cafeteros en la vigencia 2021, se realizaron labores de mantenimiento de la vía a través del despliegue de un combo de maquinaria para la realización de labores de mantenimiento mecanizado de igual manera y como en años anteriores, en el convenio se cuenta con una persona denominada “Caminero vial” que cumple la función de realizar mantenimiento manual (limpieza de cunetas alcantarillas, rocería y remoción de pequeños derrumbes). Las últimas labores de mantenimiento mecanizado se ejecutaron entre el 03 al 21 de mayo de 2021 el caminero vial estuvo de forma constante desde abril hasta diciembre 31 de 2021”.*

Sin embargo, sobre el mal estado en que actualmente se encuentran algunos tramos de la vía, está acreditado conforme a los informes presentados por Corpocaldas<sup>27</sup> que, las cunetas vehiculares, *“se encuentran taponadas con sedimentos y maleza, generan, consecuentemente, la concentración de las aguas lluvias sobre la cuneta que da contra el talud y por ende, profundización del terreno de hasta 2m, ocasionando que los vehículos se queden atrapados de manera constante”*; que *“los descoles de la vía hacia la parte superior, han sido taponados por los propietarios de los predios para impedir que las aguas circulen por sus predios, hecho que incrementa los caudales de aguas que circulan por la cuneta en el sector de la problemática”.*

Asimismo, en informe 2023-IE-00021135 del 25 de julio de 2023<sup>28</sup>, se señaló que: *“...En la visita se logró determinar que los peraltes actuales de la vía no generan el escurrimiento de agua lluvia sobre el predio del accionante”.* Por otro lado, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., en informe técnico del 10 de noviembre de 2022, señaló que: *“...se observa la vía en regular estado, falta de cunetas y desprendimiento de tierra en talud frente al predio y en la parte trasera del inmueble se observa cicatriz de deslizamiento viejo.”*<sup>29</sup>

Cabe destacar que, si bien es cierto se acreditó que la Reforestadora El Guásimo S.A.S., realiza actividades propias de su razón social circulando por la vía objeto de la presente acción; no se acreditó que su actuar sea el causante de la problemática, además -se itera- el mantenimiento de la vía corresponde es al municipio de Manizales. Por tanto, no le son imputables las causas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, por lo que se declararán probadas las excepciones tituladas: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“Ausencia de vulneración de derechos colectivos por parte de Reforestadora El Guásimo”* propuestas por esta demandada.

Por lo tanto, se concluye que, la afectación del derecho colectivo al goce del espacio público es imputable al municipio de Manizales, pues es el responsable directo del mantenimiento y adecuación de la vía *“Alto del Guamo-Hoyo Frío”* ubicada en la vereda Alto del Guamo, la cual como se vio, se encuentra en mal estado y carece de obras que permitan la adecuada conducción de las aguas que discurren sobre ella.

---

<sup>26</sup> Pág. 58-59 AD “002”

<sup>27</sup> Pág. 31 AD “022”

<sup>28</sup> Pág. 10-20 AD “088”

<sup>29</sup> Ver AD. “AP-22-29 INFORME TÉCNICO”

#### 4.5. Conclusión

La afectación de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres y al goce del espacio público es imputable al municipio de Manizales, pues es el responsable directo del mantenimiento y adecuación de la vía; de realizar las obras que contribuyan a la mitigación del riesgo; de la construcción y mantenimiento de las obras necesarias para el manejo de aguas que discurren en la vía; así como de vigilar y controlar que los particulares cumplan la normativa pertinente sobre el manejo y tratamiento de las aguas lluvias y residuales de sus viviendas; lo cual ha omitido cumplir a pesar de tener conocimiento de la situación.

#### 5. Tercer problema jurídico: *¿Qué medidas se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos?*

A efecto de establecer las medidas que se deben adoptar para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, se tiene que Corpocaldas realizó las siguientes recomendaciones:

- Informe 2022-IE-00003692 del 16 de febrero de 2022<sup>30</sup>, recomendó:

- *Para la mitigación del proceso de inestabilidad, se recomienda la construcción de una pantalla pasiva con anclajes al tres bolillo de mínimo de 11.6m de profundidad, asegurando que se supere la superficie de falla que se está generando a los 5 metros con respecto a la corona (evidenciados con los asentamientos).*
- *Para el manejo de aguas lluvias en la parte superior, se recomienda la implementación de una zanja de coronación que conduzca dichas aguas hasta una obra hidráulica en la vía.*
- *De manera complementaria, se recomienda la implementación de drenes subhorizontales con profundidad promedio de 20 m en la base del talud.*
- *Dado el mal estado de las cunetas, se recomienda la realización de mantenimiento periódico de las mismas para garantizar adecuado funcionamiento y que las aguas no se concentren en una sola cuneta. En lo posible, construir cunetas vehiculares en concreto que garanticen mayor durabilidad y funcionamiento, evitando los procesos erosivos con la circulación de las aguas.*
- *Las cunetas deben ir conectadas a obras transversales de manera adecuada y de allí, hasta los cauces más cercanos a través de tubería o canales impermeabilizados con adecuada capacidad hidráulica, evitando que las aguas circulen por los predios generando alta susceptibilidad a los procesos de inestabilidad.*

- Informe 2022-IE-00029211 del 1 de noviembre de 2022<sup>31</sup>, recomendó:

- *Construir una zanja en la corona del deslizamiento (sobre el talud superior), para controlar el escurrimiento de agua lluvia por la cara del talud.*
- *Revegetalizar el talud con estacones de especies arbustivas para protegerlo de la acción erosiva del agua lluvia.*
- *Evitar la socavación de fondo en la cuneta de la vía, para lo cual, se recomienda la construcción de un revestimiento en concreto que controle los procesos de socavación y conduzca el agua superficial de manera adecuada hasta la transversal más próxima.*

---

<sup>30</sup> Pág. 32-32 AD “022”

<sup>31</sup> Pág. 59 ibidem.

*“Sobre la zona de los taludes identificados como 1 y 2, se recomienda el establecimiento de vegetación de medio y bajo porte con el fin de evitar el avance de los procesos erosivos que han deteriorado los taludes.*

*Se recomienda al administrador de la vía, implementar las transversales necesarias, entre la existente y el predio del accionante, con el fin de evitar la concentración de caudales líquidos en pocas transversales y con ello, reducir la posibilidad de generación de procesos erosivos por escorrentía concentrada, principalmente, en el talud inferior de la vía.*

*Debido a los radios de curvatura de la vía y las condiciones de los taludes aledaños a la misma, es necesario implementar cunetas en ambos laterales de la vía para permitir la correcta circulación de la escorrentía y con ello, evitar la generación de procesos de socavación sobre la base de los taludes.*

*Todas las obras de drenaje construidas para conducir correctamente la escorrentía superficial de aguas lluvias, deben contar con un sistema de encole y descole adecuado, resultado de estudios hidrológicos e hidráulicos.*

*Se sugiere que el accionante use adecuadamente el sistema de pozos sépticos sin mezclar las aguas lluvias con las aguas residuales de las viviendas. Para el efecto, se recomienda eliminar la conexión de aguas lluvias al sistema de tratamiento y conducir estas aguas de manera controlada al cauce más cercano.*

*Sobre el talud 1, se recomienda que el propietario del predio construya una zanja de coronación sobre el escarpe del deslizamiento para evitar el escurrimiento de aguas lluvias directamente por el talud.”*

*Sobre los predios del accionante y los colindantes, se sugiere implementar en todos los casos, canales para el manejo de las aguas lluvias, garantizando su correcta entrega a cauce natural más cercano, sin erosionar los taludes en las zonas de descarga”.*

Para la Sala dichas recomendaciones resultan adecuadas, pertinentes y proporcionales para dar solución a la situación que genera la afectación de los derechos colectivos, por cuanto, en dichos informe se precisan las obras requeridas para la mitigación de inestabilidad de los taludes; a la construcción y mantenimiento de las obras necesarias para el manejo de aguas en la vía, así como vigilar los pozos sépticos y realizar las gestiones necesarias para que se cumpla por la comunidad la normativa pertinente y no se viertan ni las aguas servidas o lluvias sobre la vía pública.

Así las cosas, la Sala considera necesario ordenar al municipio de Manizales, que realice las gestiones administrativas, presupuestales, contractuales y de ejecución dirigidas:

1. Al mantenimiento de la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” ubicada en la vereda Alto del Guamo, tales como: la limpieza de cunetas y transversales, rocería y remoción de los deslizamientos, y las demás necesarias para garantizar el buen estado de la vía. Lo anterior debe ser realizado de manera permanente y periódica.

2. A evitar el avance de los procesos erosivos por la circulación de las aguas, que han deteriorado la vía “Alto del Guamo-Hoyo Frío” y los taludes identificados como 1 y 2 en el informe 2023-IE-00021135 del 25 de julio de 2023 elaborado por Corpocaldas, tales como:

2.1. La construcción en el talud 1, de una pantalla pasiva con anclajes a tres bolillo de mínimo de 11.6m de profundidad, asegurando que se supere la superficie de falla que se está generando a los 5 metros con respecto a la corona.

---

<sup>32</sup> Pág. 10-20 AD “088”

2.2. La construcción sobre el talud 1, de una zanja de coronación que conduzca las aguas lluvias hasta una obra hidráulica en la vía, para evitar el escurrimiento de aguas lluvias directamente por el talud.

2.3. El establecimiento, en los taludes 1 y 2, de vegetación de medio y bajo porte con el fin de evitar el avance de los procesos erosivos que han deteriorado los taludes.

2.4. La construcción de las transversales necesarias, entre la existente y el predio del accionante, con el fin de evitar la concentración de caudales líquidos y con ello, reducir la posibilidad de generación de procesos erosivos por escorrentía concentrada, principalmente, en el talud inferior de la vía.

2.5. La construcción, en el tramo descrito en el numeral anterior, de cunetas en ambos laterales de la vía, para permitir la correcta circulación de la escorrentía.

2.6. La construcción de cunetas en concreto, que garanticen mayor durabilidad y funcionamiento, en la base de los taludes 1 y 2.

2.7. Las cunetas deben ir conectadas a obras transversales de manera adecuada y de allí, hasta los cauces más cercanos a través de tubería o canales impermeabilizados con adecuada capacidad hidráulica, evitando que las aguas circulen por los predios generando alta susceptibilidad a los procesos de inestabilidad.

2.8. Todas las obras de drenaje construidas para conducir correctamente la escorrentía superficial de aguas lluvias, deben contar con un sistema de encole y descole adecuado.

2.10. Emparejamiento de los peraltes actuales de la vía, en la base de los taludes 1 y 2, para evitar el estancamiento de las aguas en la vía.

Para adelantar las anteriores actividades, la entidad tendrá el plazo máximo de nueve (9) meses, los cuales serán contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

3. A vigilar, controlar y sancionar a los particulares que en el sector de la vía “*Alto del Guamo-Hoyo Frío*” incumplan sus deberes de construcción y mantenimiento:

3.1. De los sistemas de manejo y tratamiento de las aguas residuales de las viviendas, tales como los pozos sépticos, en especial evitando mezclar las aguas lluvias con las aguas residuales de las viviendas y que dichas aguas se viertan en la vía pública.

3.2. De las obras necesarias -fuera de las previamente señaladas- para evitar el escurrimiento de aguas lluvias directamente por los taludes.

3.3. De las obras necesarias para el manejo de las aguas lluvias de los tejados, tales como canales y bajantes garantizando su correcta entrega al cauce natural más cercano, sin erosionar los taludes en las zonas de descarga.

Para ello la entidad deberá adelantar las actividades de forma permanente.

No se accederá a la pretensión del demandante dirigida a que se ordene la pavimentación de la vía en tanto, no está acreditado que ello sea necesario para la protección de los derechos colectivos a la prevención y atención de desastres y al goce del espacio público.

Se resalta que, no existen elementos de juicio que permitan afirmar que el cumplimiento de las anteriores medidas afecte la sostenibilidad fiscal del municipio, aunado a que la falta de disponibilidad presupuestal y de existencia de recursos no es, argumento válido y suficiente para sustraerse del cumplimiento de las acciones necesarias para hacer cesar la afectación de los derechos colectivos.

## 6. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas, toda vez que no se encuentra probada su causación y que las pretensiones del actor prosperan solo parcialmente.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## Falla

**Primero: Declarar** probadas las excepciones tituladas *“Falta de legitimación en causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección de derechos e intereses colectivos cuyo amparo se solicita”* y *“Cumplimiento Integral y diligente de las funciones asignadas por la Ley a la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”*, propuesta por Corpocaldas; *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Inexistencia de violación a los derechos colectivos por parte de Aguas de Manizales S.A. E.S.P.”* propuesta por Aguas de Manizales S.A. E.S.P.; *“Falta legitimación en la causa por pasiva de Instituto Nacional de Vías”*; *“inexistencia de responsabilidad respecto del Instituto Nacional de Vías”*; *“Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos respecto del Instituto Nacional de Vías”*; propuestas por el Invia; las excepciones: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Ausencia de vulneración de derechos colectivos por parte de Reforestadora El Guásimo”*; propuestas por la Reforestadora el Guásimo S.A. E.S.P. y no probadas las excepciones planteadas por el municipio de Manizales, ni las demás planteadas por las entidades demandadas.

**Segundo: Declarar** vulnerados los derechos a la prevención y atención de desastres y al goce del espacio público, por parte del municipio de Manizales.

**Tercero:** En consecuencia, **se ordena** al municipio de Manizales, realizar las gestiones administrativas, presupuestales, contractuales y de ejecución dirigidas a:

1. Al mantenimiento de la vía *“Alto del Guamo-Hoyo Frío”* ubicada en la vereda Alto del Guamo, tales como: la limpieza de cunetas y transversales, rocería y remoción de los deslizamientos, y las demás necesarias para garantizar el buen estado de la vía. Lo anterior debe ser realizado de manera permanente y periódica.

2. A evitar el avance de los procesos erosivos por la circulación de las aguas, que han deteriorado la vía *“Alto del Guamo-Hoyo Frío”* y los taludes identificados como 1 y 2 en el informe 2023-IE-00021135 del 25 de julio de 2023 elaborado por Corpocaldas, tales como:

2.1. La construcción en el talud 1, de una pantalla pasiva con anclajes a tres bolillos de mínimo de 11.6m de profundidad, asegurando que se supere la superficie de falla que se está generando a los 5 metros con respecto a la corona.

2.2. La construcción sobre el talud 1, de una zanja de coronación que conduzca las aguas lluvias hasta una obra hidráulica en la vía, para evitar el escurrimiento de aguas lluvias directamente por el talud.

2.3. El establecimiento, en los taludes 1 y 2, de vegetación de medio y bajo porte con el fin de evitar el avance de los procesos erosivos que han deteriorado los taludes.

2.4. La construcción de las transversales necesarias, entre la existente y el predio del accionante, con el fin de evitar la concentración de caudales líquidos y con ello, reducir la posibilidad de generación de procesos erosivos por escorrentía concentrada, principalmente, en el talud inferior de la vía.

2.5. La construcción, en el tramo descrito en el numeral anterior, de cunetas en ambos laterales de la vía, para permitir la correcta circulación de la escorrentía.

2.6. La construcción de cunetas en concreto, que garanticen mayor durabilidad y funcionamiento, en la base de los taludes 1 y 2.

2.7. Las cunetas deben ir conectadas a obras transversales de manera adecuada y de allí, hasta los cauces más cercanos a través de tubería o canales impermeabilizados con adecuada capacidad hidráulica, evitando que las aguas circulen por los predios generando alta susceptibilidad a los procesos de inestabilidad.

2.8. Todas las obras de drenaje construidas para conducir correctamente la escorrentía superficial de aguas lluvias, deben contar con un sistema de encole y descole adecuado.

2.10. Emparejamiento de los peraltes actuales de la vía, en la base de los taludes 1 y 2, para evitar el estancamiento de las aguas en la vía.

Para adelantar las anteriores actividades, la entidad tendrá el plazo máximo de nueve (9) meses, los cuales serán contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

3. A vigilar, controlar y sancionar a los particulares que en el sector de la vía “*Alto del Guamo-Hoyo Frío*” incumplan sus deberes de construcción y mantenimiento:

3.1. De los sistemas de manejo y tratamiento de las aguas residuales de las viviendas, tales como los pozos sépticos, en especial evitando mezclar las aguas lluvias con las aguas residuales de las viviendas y que dichas aguas se viertan en la vía pública.

3.2. De las obras necesarias -fuera de las previamente señaladas- para evitar el escurrimiento de aguas lluvias directamente por los taludes.

3.3. De las obras necesarias para el manejo de las aguas lluvias de los tejados, tales como canales y bajantes garantizando su correcta entrega al cauce natural más cercano, sin erosionar los taludes en las zonas de descarga.



Para ello la entidad deberá adelantar las actividades de forma permanente.

**Cuarto:** Negar las demás pretensiones del actor popular.

**Quinto:** Sin condena en costas.

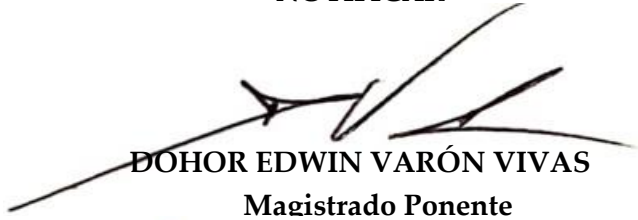
**Sexto:** Se conforma un Comité para la verificación del cumplimiento de las órdenes dadas en esta sentencia, el cual será integrado por el Magistrado Ponente, quien lo presidirá, el Personero del municipio de Manizales, el demandante y el señor Procurador Judicial delegado ante este Tribunal.

**Séptimo:** Para los efectos del artículo 80 de la ley 472 de 1998, por la Secretaría del Tribunal, se enviará copia de la demanda, del auto admisorio y del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

**Octavo:** Ejecutoriada esta providencia, **archivar** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema justicia siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 53 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. 198**

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00330-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Gloria Adriana Quintero Cano  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).  
Departamento de Caldas

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

**I. Antecedentes**

**1. La Demanda**

**1.1. Pretensiones**

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 28 de octubre de 2021, frente a la petición presentada ante el departamento de Caldas, el 28 de julio de 2021, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

**1.2. Sustento fáctico relevante**

Se relata que, la entidad territorial y el Ministerio de Educación no han procedido de manera

efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni las cesantías que corresponde a su labor como servidor público de 2020, ante la Previsora o el Fomag, como cuenta especial de la Nación y ambos términos fueron rebasados.

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

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

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

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

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

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

### **2.1. La Nación – Ministerio de Educación - Fomag**

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“falta de legitimación en la*

*causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

## **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 probadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”,* propuestas por el departamento de Caldas y las de *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del Fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fomag”,* propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fomag y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló 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,

debe decirse que 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, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encontró 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. Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidaron los intereses a las cesantías, que fueron cancelados el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fomag.

#### 4. Recurso de apelación

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

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

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

Que los docentes pertenezcan a un *“régimen especial”*, no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales, se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fomag, razón que conlleva a un fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden

constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

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

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

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de*

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

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

## **5. Pronunciamiento no recurrentes**

**La Nación – Ministerio de Educación - Fomag** solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿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 12<sup>1</sup> y 17<sup>2</sup> 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*

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. (...). ”.



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 2003<sup>3</sup>, 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 2003<sup>4</sup>, 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.

---

<sup>3</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>4</sup> “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

*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 1990<sup>5</sup> 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

---

<sup>5</sup> "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

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 1995<sup>6</sup>, 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)*

---

<sup>6</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

**Parágrafo.** - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

La Ley 1071 de 2006<sup>7</sup> 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 Estado<sup>8</sup> 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 2006<sup>9</sup>, 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

---

<sup>7</sup> “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”.

<sup>8</sup> 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)

<sup>9</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*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**<sup>10</sup>, 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”*.<sup>11</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022<sup>12</sup> 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:

---

<sup>10</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>11</sup> Sentencia SU041/20

<sup>12</sup> 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 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 2022<sup>13</sup>, 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 2022<sup>14</sup> 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

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>14</sup> 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)



realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

#### **4. Hechos relevantes acreditados**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías<sup>15</sup>, reportando que, se liquidaron las cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 28 de julio de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.<sup>16</sup>

#### **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

---

<sup>15</sup> F. 12 Archivo digital: 04

<sup>16</sup> F. 1-6 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 2019<sup>17</sup>, precisó:

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra

“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:

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

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 1989<sup>18</sup>.

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

Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

<sup>18</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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 13 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Gloria Adriana Quintero Cano 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”.

### **NOTIFÍQUESE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No \_\_\_\_

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
**Magistrado Ponente**

**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
**Magistrado**

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
**Magistrado**



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 203

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

Radicado: 17-001-33-39-006-2022-00356-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Marlin Johanna Agudelo Garzón  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fomag y Departamento de Caldas

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por el departamento de Caldas contra la sentencia que accedió a las pretensiones formuladas por la accionante.

**I. Antecedentes**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

Se depreca la nulidad Acto Administrativo ficto configurado el 11 de junio de 2021, por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral. A título de restablecimiento del derecho se solicitó que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicios prestados a la entidad demandada para efectos pensionales.

**1.2. Hechos**

En síntesis, se señaló que la demandante laboró como docente *“por órdenes de prestación de servicios y/o contrato de prestación de servicios”* a cargo del departamento de Caldas en instituciones educativas administradas por dicho ente territorial, para un total de 17 meses. Finalmente señala que, nunca le fueron cancelados aportes al sistema de pensiones.

**1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Se citaron los artículos 53 del Constitución; 32 de la Ley 80 de 1993; la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional y proveídos 18 de marzo de 1999, 15 de abril 1999 y 12 de octubre de 2000 del Consejo de Estado. Se expuso que, sería ilógico afirmar que funciones como la de docencia puedan ser prestadas esporádicamente y de forma independiente, pues por su naturaleza requieren una prestación permanente y una subordinación indispensable para que se puedan desarrollar.

Por lo anterior, se disfrazó una verdadera relación laboral bajo la figura de las ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, a pesar de que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial.

## 2. Contestación de la demanda

**2.1. Nación – Ministerio de Educación – Fomag** se opuso a las pretensiones de la parte demandante, atendiendo a que conforme a la fecha de vinculación del demandante al Fomag, la normatividad aplicable no es otra que la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 por remisión analógica de la Ley 812 de 2003.

Que la docente ingresó al servicio oficial docente el 22 de marzo del 2006, no cumple con el requisito de la vinculación al servicio oficial docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 para ser beneficiaria de la transición, que consiste en la aplicación de la Ley 71 de 1988, resultando entonces que a la demandante le resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”*; *“Inaplicabilidad de intereses de mora”*; *“Prescripción de mesadas”*

**2.2. El departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones de la demandante, sostuvo que la labor prestada tuvo su fundamento en el numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que la demandante demostrara que, en la ejecución de los mencionados servicios se cumplieran con los requisitos esenciales que debe contener toda relación laboral, tal como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Advirtió que, basta observar como la contratación de la accionante tuvo como causa y razón de ser, una situación transitoria como era la falta de personal docente de planta que supliera las vacancias temporales, razón por la cual precisamente prestó sus servicios en periodos eventuales e incluso con solución de continuidad. Que en todo caso, la demandante permitió que trascurrieran más de 20 años entre la última relación de servicios que fundamenta sus pedimentos y la respectiva reclamación ante la entidad, razón por la cual se encuentran prescritas las acreencias que reclama.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“Prescripción”*.

## 3. Sentencia de primera instancia

El a *quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Educación y no probadas las propuestas por el departamento de Caldas; **accedió** a las pretensiones de la parte demandante, por lo que declaró la nulidad del acto administrativo ficto surgido con ocasión de la petición presentada el 11 de marzo de 2020 y declaró que entre ambos extremos procesales existió una relación laboral, en virtud de las autorizaciones 1298, 862 y 461.

A título de restablecimiento del derecho condenó al departamento de Caldas a pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión a favor de la demandante, tomando el ingreso como base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, los consigue al fondo de pensiones por la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Señaló además que, la actora *“deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía”*.<sup>1</sup>

#### 4. Recurso de apelación

El **departamento de Caldas** solicitó revocar el fallo y negar las pretensiones de la demandante argumentando que, se acudió al contrato de prestación de servicios, por no tener otro funcionario que se encargara de las funciones contratadas necesarias para no entorpecer los diferentes procesos por el tiempo necesario que se requería para contrarrestar la anormalidad de la prestación del servicio, lo que es permitido por la Ley 115 de 1994 y 715 de 2001.

Sostuvo además que, la subordinación no se demuestra con el solo hecho de enunciar los contratos suscritos entre las partes, para lo cual trajo a colación fallo del 31 de marzo de 2022 proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas<sup>2</sup>. Señaló además que, en caso de confirmarse la decisión se aclare a qué fondo de pensiones del régimen general de pensiones se deben efectuar las cotizaciones.

## II. Consideraciones

### 1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto se debe establecer: *¿Se acreditaron los elementos de una relación laboral entre Marlin Johanna Agudelo Garzón y el departamento de Caldas, con ocasión de los servicios docentes prestados?*

Para dar respuesta a este interrogante, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; las características de la relación laboral y el contrato de prestación de servicios, para luego ii) descender al análisis del caso concreto.

### 2. Marco normativo y jurisprudencial<sup>3</sup>

#### 2.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna*

---

<sup>1</sup> Pág. 23 AD “20”

<sup>2</sup> Radicado No. 17-001-33-39-006-2019-00485-02 cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Carlos Manuel Zapata Jaimes dentro de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovida por la señora Margbern De Maria Arango Alzate en contra del Departamento de Caldas

<sup>3</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)



*discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.*

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)<sup>4</sup>, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT<sup>5</sup> al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es 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 Constitución Política.

## **2.2. Elementos propios de la relación laboral**

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”; y iii) un salario como retribución del servicio.*

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021<sup>6</sup> retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe*

---

<sup>4</sup> Aprobada en 1919

<sup>5</sup> Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

<sup>6</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

*ser prestada de forma personal y directamente por este<sup>7</sup>; 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<sup>8</sup>.”.*

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

*“104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

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

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

*107. iv) **Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de*

<sup>7</sup> **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».

<sup>8</sup> **Cita de cita:** Al respecto, véase entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

*subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.*" (Subrayado y negrillas de este Tribunal).

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *"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."*

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes el H. Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea que otrora fuere desempeñada por docentes contratados a través de ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, debe ser analizada desde una óptica mas laxa, pues el ejercicio de la labor docente en institución de educación pública conllevan intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia, tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo.<sup>9</sup>

**3. Hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto**

- De acuerdo a la Autorización 862 del 4 de febrero de 2002<sup>10</sup>, 461 del 27 de enero de 2003<sup>11</sup> y 1298 del 23 de agosto 2007 expedida por la Secretaria de Educación de Caldas, se autorizó a la accionante *"...para que preste sus servicios transitoriamente, en el cargo de Lic BIOLOGÍA QUÍMICA GRADO 7"*<sup>12</sup>.
- La Secretaría de Educación de Caldas, el 3 de agosto de 2023, certificó los extremos temporales de las vinculaciones por autorizaciones de servicios sostenida por la demandante con el departamento de Caldas y los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó el pago de honorarios en virtud a la labor docente prestada por la demandante<sup>13</sup>, prueba que fuera decretada de oficio por el Tribunal<sup>14</sup> y, frente a la cual, la parte demandada no realizó pronunciamiento alguno.<sup>15</sup>

**3. Análisis sustancial del caso concreto.**

Para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración fueron aportadas las resoluciones de pago por servicios<sup>16</sup>, y la constancia del 2 de agosto de 2023, de las cuales se extrae lo siguiente:

| Autorización | Fecha de vinculación | Total tiempo laborado | Honorarios |
|--------------|----------------------|-----------------------|------------|
|--------------|----------------------|-----------------------|------------|

<sup>9</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.  
<sup>10</sup> Pág. 2 AD “04”  
<sup>11</sup> Pág. 3 ibidem  
<sup>12</sup> Pág. 1 ibidem  
<sup>13</sup> Pág. 1-3 AD “12” segunda instancia.  
<sup>14</sup> AD “19” segunda instancia.  
<sup>15</sup> AD “16” segunda instancia.  
<sup>16</sup> Pág. 1-38 AD “10” segunda instancia.

|                               |                         |                  |             |
|-------------------------------|-------------------------|------------------|-------------|
| 1298 del 23 de agosto de 2001 | 23-08-2001 a 30-09-2001 | 1 mes y 7 días   | \$674.200   |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-10-2001 a 31-10-2010 | 1 mes            | \$532.263   |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-11-2001 a 09-12-2001 | 1 mes y 9 días   | \$691.942   |
|                               | Interrupción – 75 días  |                  |             |
| 862 del 4 de febrero de 2002  | 11-03-2002 a 24-03-2002 | 13 días          | \$490.022   |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-04-2002 a 30-04-2002 | 1 mes            | \$701.534   |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-05-2002 a 31-05-2002 | 1 mes            | \$683.480   |
|                               | Interrupción – 121 días |                  |             |
|                               | 01-11-2002 a 31-11-2002 | 1 mes            | \$683.480   |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-12-2002 a 08-12-2002 | 8 días           | \$182.261   |
|                               | Interrupción – 39 días  |                  |             |
| 461 del 27 de enero de 2003   | 27-01-2003 a 31-03-2003 | 2 meses y 4 días | \$1.458.091 |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-04-2003 a 30-04-2003 | 1 mes            | \$683.480   |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-05-2003 a 30-05-2003 | 1 mes            | \$683480    |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-06-2003 a 22-06-2003 | 22 días          | \$501.219   |
|                               | Interrupción – 16 días  |                  |             |
|                               | 14-07-2003 a 31-07-2003 | 15 días          | \$387.305   |
|                               | Interrupción – 0 días   |                  |             |
|                               | 01-08-2003 a 30-08-2003 | 1 mes            | \$683.480   |

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que la actora desempeñó labores como docente en la institución educativa “Escuela La Florida” de Marquetalia<sup>17</sup> del departamento de Caldas, entre el 28 de agosto de 2001 y 30 de agosto de 2003 en los periodos comprendidos entre: el 28 de agosto de 2001 al 31 de mayo de 2002 y entre el 1 de noviembre de 2002 y el 30 de agosto de 2003, devengando unos honorarios por sus servicios.

Sobre los periodos anteriormente referidos, cabe señalar que las interrupciones suscitadas del 9 de diciembre de 2001 al 11 de marzo de 2002 y del 8 de diciembre de 2002 al 27 de enero de 2003, coinciden con los periodos vacacionales de fin de año que se fijan en todas las instituciones educativas del país, por lo que, si bien superan los 30 días hábiles<sup>18</sup> considera la Sala que en las fechas señaladas no hay solución de continuidad. Ahora bien, frente a la interrupción de 121 días generada entre el 31 de mayo y el 1 de noviembre de 2002, no se advierte justificación alguna, razón por la cual se considera que hubo solución de continuidad.

Ahora bien, el *a quo* señaló que no había lugar a analizar la prescripción, toda vez que, solo se está reclamando el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales, prestación que tiene la connotación de imprescriptible. Por lo anterior, condenó al

<sup>17</sup> Pág. 1-3 AD “11” segunda instancia.

<sup>18</sup> Según las reglas de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021

departamento de Caldas a tomar mes a mes el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante.

En cuanto a la subordinación, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016<sup>19</sup>, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, señaló:

*“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 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, ...*

*La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación)...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.*

*Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.*

*A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.*

*En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.*

---

<sup>19</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

*Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente...*

*En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia". (Se resalta)*

Por lo tanto, es claro que, el ejercicio de la labor docente oficial tiene una naturaleza dependiente y subordinada, al hallarse sometida a los horarios de funcionamiento de la institución pública, al acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente de cada institución educativa en que prestó sus servicios y ser desempeñadas en estricto ceñimiento a los criterios de instrucción impartidos por las diferentes autoridades educativas que ejercen inspección y vigilancia sobre este servicio público.

Sobre la suficiencia de la prueba respecto de la subordinación en el desempeño de labores docentes, el Consejo de Estado<sup>20</sup> en sentencia del 24 de febrero de 2022, al analizar un asunto similar, precisó que:

*"En el caso concreto, para el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2009 y el 29 de octubre de 2009, si bien la Sala tiene presente los lineamientos de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, también debe señalar que dentro del expediente no obran elementos probatorios suficientes para establecer la configuración de los demás elementos de laboralidad, puesto que **la parte actora únicamente aportó, para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración en dicho periodo, la resoluciones de pago por servicios (hechos probados vii y viii) que expidió la Secretaría de Educación del Atlántico por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2010; es decir, pagos o remuneraciones que claramente no abarcan el lapso del 20 de junio de 2009 al 29 de octubre de 2009.***

*En igual sentido, la Sala tampoco encuentra elementos de juicio suficientes que indiquen que el señor Víctor Manuel Ahumada Mozo prestó sus servicios de manera personal en ese periodo, o que hubiese cumplido con obligaciones relacionadas con su actividad docente en el plante educativo. Por ello, ante la ausencia de material probatorio que ofrezca siquiera indicios de la configuración de todos los elementos del contrato de trabajo, no es posible declarar la existencia de una relación laboral subyacente o encubierta entre el demandante y la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, para el mencionado lapso". (Se resalta)*

De acuerdo al precedente jurisprudencial expuesto, al encontrarse acreditado que la actora desempeñó labores como docente en una institución educativa del departamento de Caldas, en determinados periodos y la remuneración devengada por sus servicios, se infiere la existencia de la subordinación.

Se advierte que la demandada solicitó en el recurso de apelación que se aclare a qué fondo de pensiones del régimen general de pensiones se deben efectuar las cotizaciones,

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 24 de febrero de 2022., Rad.: 080012333000201390041-01 (4881-2014)

argumentando que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, no tiene esta naturaleza. Al respecto, se indica que no es de recibo la solicitud, por cuanto el fallo de primera instancia, en el ordinal “*TERCERO*”, ordenó, sin dejar a espacio de dudas, lo siguiente: “...liquidar y pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión... y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizando al respectivo fondo de pensiones (exceptuando al FOMAG) la suma faltante por concepto de aportes a pensión...” (se destaca).

Y en la parte considerativa precisó que, el Fondo de pensiones no es el Fomag, como quiera que, de conformidad con la Ley 91 de 1989 artículo 4 es la entidad encargada de atender las prestaciones sociales de los docentes nacional y nacionalizados que se encuentre vinculados, siendo este un régimen especial exclusivo de los docentes que ostenten la calidad de vinculados y que cumplan unos requisitos previos para su inscripción, “*condición que no cumple en este caso el demandante, razón por la cual el fondo respectivo donde la entidad demandada debe enviar los aportes, es en el cual el demandante tenga sus aportes a pensión o el que sea de su elección, sin ser procedente el envío al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*”.

Esto es, expresamente señaló que no era procedente realizar los aportes al Fomag, además que, al proceso no se allegó prueba de que la señora Agudelo Garzón se encuentre actualmente afiliada a dicho Fondo, por lo tanto, corresponde a la demandante acreditar en su debida oportunidad ante la entidad territorial, el Fondo al cual fueron realizadas las respectivas cotizaciones o en su defecto elegir el Fondo pensional al cual deben realizarse los aportes.

#### 4. Conclusión

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por el departamento de Caldas en el recurso de apelación, por cuanto la demandante logró demostrar con certeza los elementos de la relación laboral. Corolario, la Sala confirmará la decisión impartida por el *a quo*.

#### 5. Costas

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 del Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### Resuelve

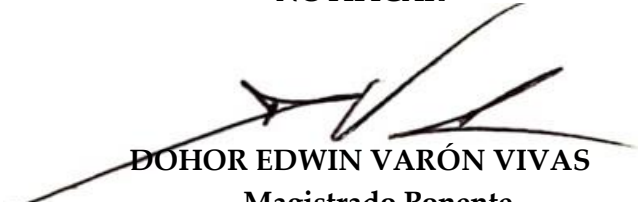
**Primero: Confirmar** la sentencia del 31 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Marlin Johanna Agudelo Garzón **contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.**

**Segundo: Sin condena** en costas en esta instancia.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, 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. 53 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. 197**

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00357-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Mélida Díaz Orozco  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

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

**I. Antecedentes**

**1. La Demanda**

**1.1. Pretensiones**

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 6 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 6 de agosto de 2021, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

**1.2. Sustento fáctico relevante**

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

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

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

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

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

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

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

### **2.1. La Nación – Ministerio de Educación**

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

### **2.2. Municipio de Manizales**

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, el legislador estableció un régimen especial para los docentes estatales en lo concerniente a la liquidación, reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, creando para tal efecto un Patrimonio Autónomo adscrito a la Nación denominado Fomag, cuya administración y representación legal se encuentra en cabeza de Fiduprevisora en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

Concluye que resulta improcedente aplicar al municipio la sanción moratoria reclamada por el demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado al Fomag, cuya naturaleza jurídica es la de patrimonio autónomo de la Nación y no la de Administradora de Fondos de Cesantías, las disposiciones que rigen su relación son las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al Fomag las cesantías e intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentra en cabeza de Fiduprevisora como vocera y administradora de los recursos del mencionado Fondo.

Propone las excepciones de fondo que denominó, *“Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Cobro de lo no debido”, “Errónea interpretación de la Ley 50 para las pretensiones del accionante” “Cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la Secretaría de Educación- Municipio de Manizales para el proceso demandado”, “Prescripción” y “Excepción Genérica”*

### **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *“cobro de lo no debido”, “errónea interpretación de la ley 50 para las pretensiones del accionante,” “cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la secretaria de educación- municipio de Manizales para el proceso demandado”,* propuestas por el municipio de Manizales y las de *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del Fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fomag”,* propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fomag y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló 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, debe decirse que 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, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encontró 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. Por lo que, en

cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidaron los intereses a las cesantías, que fueron cancelados el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fomag.

#### 4. Recurso de apelación

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

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

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

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

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

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están

estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. En este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

## **5. Pronunciamiento no recurrentes**

**La Nación – Ministerio de Educación - Fomag** solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿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 12<sup>1</sup> y 17<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.

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

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

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

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

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

*(...)*

### **3. Cesantías:**

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

*B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”* (Resaltado de la Sala)

La Ley 812 de 2003<sup>3</sup>, 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 2003<sup>4</sup>, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

---

<sup>3</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>4</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



**Parágrafo 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 1990<sup>5</sup> 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 1995<sup>6</sup>, 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*

---

<sup>5</sup> “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

<sup>6</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

señalados en el inciso primero de este artículo.

**Artículo 2º.-** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

**Parágrafo.** - *En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."*

La Ley 1071 de 2006<sup>7</sup> complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

**Artículo 5º. Mora en el pago.** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

**Parágrafo.** *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste".*

El Consejo de Estado<sup>8</sup> 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 2006<sup>9</sup>, 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*".

---

<sup>7</sup> "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".

<sup>8</sup> 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)

<sup>9</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**<sup>10</sup>, 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”*.<sup>11</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022<sup>12</sup> 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*

---

<sup>10</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>11</sup> Sentencia SU041/20

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

*permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.*

Como fundamento de ello señaló:

*“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.*

En sentencia de 03 de marzo de 2022<sup>13</sup>, 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 2022<sup>14</sup> 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

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

#### **4. Hechos relevantes acreditados**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías<sup>15</sup>, reportando que, se liquidaron las cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 6 de agosto de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.<sup>16</sup>

#### **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

---

<sup>15</sup> F. 18 Archivo digital: 04

<sup>16</sup> F. 1-6 Archivo digital: 04

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 2019<sup>17</sup>, 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><b>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</b></i>                                                                                                                                                                                  | <i><b>Docente cobijado por la Ley 91/89</b></i>                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Salario: \$1.200.000</i><br><i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i><br><i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i><br><i>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u></i> | <i>Salario: \$1.200.000</i><br><i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i><br><i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i><br><i>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u></i> |

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)



63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989<sup>18</sup>.

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,

---

<sup>18</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

### III. RESUELVE:

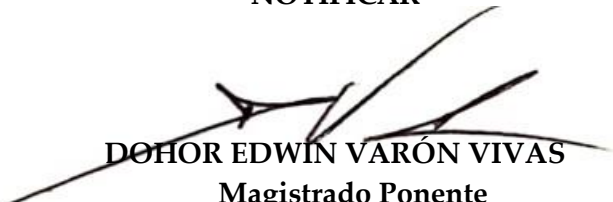
**PRIMERO:** Se **confirma** la sentencia del 13 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Mélida Díaz Orozco contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

**SEGUNDO:** Sin **condena** en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 53 de 2023.

#### NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

A. de Sustanciación: 147-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y Restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-39-006-2022-00371-02  
Demandante: Inés Arango de Zuluaga  
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 21 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 21 de junio de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación, el 30 de junio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the printed name of the magistrate.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 148-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y Restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-39-006-2022-00372-02  
Demandante: Ramón Valencia  
Bustamante  
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 21 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 21 de junio de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación, el 30 de junio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 149-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y Restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-39-006-2022-00373-02  
Demandante: María Olga Cardona  
Cardona  
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

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

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 23 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 23 de junio de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación, el 6 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes that form a stylized representation of the name 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

**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. 200**

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00420-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Yamid Rodríguez Franco  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

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

**I. Antecedentes**

**1. La Demanda**

**1.1. Pretensiones**

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 6 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 6 de agosto de 2021, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

**1.2. Sustento fáctico relevante**

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

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

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

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

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

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

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

### **2.1. La Nación – Ministerio de Educación**

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

### **2.2. Municipio de Manizales**

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, el legislador estableció un régimen especial para los docentes estatales en lo concerniente a la liquidación, reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, creando para tal efecto un Patrimonio Autónomo adscrito a la Nación denominado Fomag, cuya administración y representación legal se encuentra en cabeza de Fiduprevisora en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

Concluye que resulta improcedente aplicar al municipio la sanción moratoria reclamada por el demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado al Fomag, cuya naturaleza jurídica es la de patrimonio autónomo de la Nación y no la de Administradora de Fondos de Cesantías, las disposiciones que rigen su relación son las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al Fomag las cesantías e intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentra en cabeza de Fiduprevisora como vocera y administradora de los recursos del mencionado Fondo.

Propone las excepciones de fondo que denominó, *“Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto al Municipio de Manizales”, “Inexistencia del derecho respecto al Municipio de Manizales” y “Excepción Genérica”*.

### **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto al municipio de Manizales” e “inexistencia del derecho respecto al municipio de Manizales”* propuestas por el municipio de Manizales y las de *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del Fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fomag”* propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fomag y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló 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, debe decirse que 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, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encontró 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. Por lo que, en cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidaron los intereses a las cesantías, que fueron cancelados el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fomag.



#### 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.

## **5. Pronunciamiento no recurrentes**

**La Nación – Ministerio de Educación - Fomag** solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

## II. Consideraciones

### 1. Problema jurídico

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

### 2. Tesis del tribunal

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

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

### 3. Marco jurídico

#### 3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12<sup>1</sup> y 17<sup>2</sup> dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido*

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. (...)."

*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 2003<sup>3</sup>, 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 2003<sup>4</sup>, 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

---

<sup>3</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>4</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Parágrafo 2º.** Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas

con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

**ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

...

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece que:

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

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

### **3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías**

La Ley 50 de 1990<sup>5</sup> modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del

---

<sup>5</sup> “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

*“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

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

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

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

La Ley 244 de 1995<sup>6</sup>, 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 penitenciaro 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)*

---

<sup>6</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.



días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

**Parágrafo.** - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

La Ley 1071 de 2006<sup>7</sup> 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 Estado<sup>8</sup> 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 2006<sup>9</sup>, 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<sup>10</sup>, estudió una acción de

---

<sup>7</sup> "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".

<sup>8</sup> 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)

<sup>9</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>10</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.<sup>11</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022<sup>12</sup> 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:

---

<sup>11</sup> Sentencia SU041/20

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

*“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.*

En sentencia de 03 de marzo de 2022<sup>13</sup>, 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 2022<sup>14</sup> en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucía hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989,

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

#### **4. Hechos relevantes acreditados**

- El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías<sup>15</sup>, reportando que, se liquidaron las cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 6 de agosto de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.<sup>16</sup>

#### **5. Análisis del caso concreto**

El demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, el demandante es docente afiliado al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

---

<sup>15</sup> F. 18 Archivo digital: 04

<sup>16</sup> F. 2-6 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 2019<sup>17</sup>, 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><b>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</b></i>                                                                                                                                                             | <i><b>Docente cobijado por la Ley 91/89</b></i>                                                                                                                                                                                                    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Salario: \$1.200.000<br>Saldo total de cesantías: \$12.000.000<br>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000<br>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <b><u>\$400.000</u></b> | Salario: \$1.200.000<br>Saldo total de cesantías: \$12.000.000<br>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000<br>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <b><u>\$840.840</u></b> |

*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*

<sup>17</sup> 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 1989<sup>18</sup>.*

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

## 6. Conclusión

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

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

## 7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

## III. RESUELVE:

**PRIMERO:** Se confirma la sentencia del 22 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del

---

<sup>18</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

derecho promovido por Yamid Rodríguez Franco contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 53 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. 201**

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

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00421-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: José Fernando Loaiza Arango  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

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

**I. Antecedentes**

**1. La Demanda**

**1.1. Pretensiones**

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 6 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 6 de agosto de 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

**1.2. Sustento fáctico relevante**

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



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

### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

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

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

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

## **2. Pronunciamiento de los sujetos procesales**

### **2.1. La Nación – Ministerio de Educación**

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

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

### **2.2. Municipio de Manizales**

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, el legislador estableció un régimen especial para los docentes estatales en lo concerniente a la liquidación, reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, creando para tal efecto un Patrimonio Autónomo adscrito a la Nación denominado Fomag, cuya administración y representación legal se encuentra en cabeza de Fiduprevisora en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

Concluye que resulta improcedente aplicar al municipio la sanción moratoria reclamada por el demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado al Fomag, cuya naturaleza jurídica es la de patrimonio autónomo de la Nación y no la de Administradora de Fondos de Cesantías, las disposiciones que rigen su relación son las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al Fomag las cesantías e intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentra en cabeza de Fiduprevisora como vocera y administradora de los recursos del mencionado Fondo.

Propone las excepciones de fondo que denominó, *“Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Cobro de lo no debido”, “Errónea interpretación de la Ley 50 para las pretensiones del accionante” “Cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la Secretaría de Educación- Municipio de Manizales para el proceso demandado”, “Prescripción” y “Excepción Genérica”*

### **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *“cobro de lo no debido”, “errónea interpretación de la ley 50 para las pretensiones del accionante,” “cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la secretaria de educación- municipio de Manizales para el proceso demandado”,* propuestas por el municipio de Manizales y las de *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del Fomag”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fomag”,* propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fomag y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló 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, debe decirse que 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, si se quiere, al 15 de febrero de 2021 para su reclamación por la parte demandante. Al contrario, encontró 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. Por lo que, en

cumplimiento de este directriz, a la parte demandante se le liquidaron los intereses a las cesantías, que fueron cancelados el 27 de marzo de 2021, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fomag.

#### 4. Recurso de apelación

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

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

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

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

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

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están

estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. En este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

## **5. Pronunciamiento no recurrentes**

**La Nación – Ministerio de Educación - Fomag** solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

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

### **2. Tesis del tribunal**

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

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

### **3. Marco jurídico**

#### **3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente**

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12<sup>1</sup> y 17<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.

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

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

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

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

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

*(...)*

### **3. Cesantías:**

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

*B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”* (Resaltado de la Sala)

La Ley 812 de 2003<sup>3</sup>, 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 2003<sup>4</sup>, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

---

<sup>3</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>4</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Artículo 11. Ajuste de cuantías.** Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más



*tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.*

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

*ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*...*

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece que:

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

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

### **3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías**

La Ley 50 de 1990<sup>5</sup> 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 1995<sup>6</sup>, 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*

---

<sup>5</sup> “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

<sup>6</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

señalados en el inciso primero de este artículo.

**Artículo 2º.-** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

**Parágrafo.** - *En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”*

La Ley 1071 de 2006<sup>7</sup> complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

**Artículo 5º. Mora en el pago.** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

**Parágrafo.** *En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste”.*

El Consejo de Estado<sup>8</sup> 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 2006<sup>9</sup>, 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”.

---

<sup>7</sup> “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”.

<sup>8</sup> 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)

<sup>9</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**<sup>10</sup>, 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”*.<sup>11</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022<sup>12</sup> 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*

---

<sup>10</sup> M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>11</sup> Sentencia SU041/20

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

*permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.*

Como fundamento de ello señaló:

*“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.*

En sentencia de 03 de marzo de 2022<sup>13</sup>, 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 2022<sup>14</sup> en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucía hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

#### **4. Hechos relevantes acreditados**

- El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías<sup>15</sup>, reportando que, se liquidaron las cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 6 de agosto de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.<sup>16</sup>

#### **5. Análisis del caso concreto**

El demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, el demandante es docente afiliado al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre

---

<sup>15</sup> F. 18 Archivo digital: 04

<sup>16</sup> F. 1-6 Archivo digital: 04

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 2019<sup>17</sup>, 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><b>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</b></i>                                                                                                                                                                                  | <i><b>Docente cobijado por la Ley 91/89</b></i>                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Salario: \$1.200.000</i><br><i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i><br><i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i><br><i>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u></i> | <i>Salario: \$1.200.000</i><br><i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i><br><i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i><br><i>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u></i> |

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989<sup>18</sup>.

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

## 6. Conclusión

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

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

## 7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

---

<sup>18</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.



### III. RESUELVE:

**PRIMERO:** Se **confirma** la sentencia del 22 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por José Fernando Loaiza Arango contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

**SEGUNDO:** Sin **condena** en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 53 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

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

A.I. 183

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00043-00  
NATURALEZA: Controversia Contractual  
DEMANDANTES: Departamento de Caldas  
DEMANDADOS: Consorcio Ceycontrol

I. ANTECEDENTES

Mediante auto del 27 de julio hogaño, se admitió la reforma de la demanda presentada por la parte actora. Contra dicha actuación, se interpuso recurso de reposición por el ente demandante, por cuanto no fue tomada en cuenta una prueba aportada con el escrito de reforma de la demanda.

Por otro lado, el Consorcio Ceycontrol, a través de escrito radicado el 20 de junio de 2023, presentó llamamiento en garantía con el fin de que fuera vinculada al presente proceso a la Compañía Mundial de Seguros.

II. CONSIDERACIONES

1. En cuanto al recurso de reposición

Depreca la parte demandante que sea modificado el auto del 27 de julio de 2023, toda vez que, con el escrito de reforma de la demanda se allegó prueba documental, consistente en el Oficio SADR 049 del 21 de febrero de 2023, proferido por el supervisor del contrato de interventoría firmado con el consorcio Ceycontrol, documento que sustenta las pretensiones de la demanda y las adicionadas en el escrito reformativo.

Al respecto basta indicar que, el artículo 212 del CPACA, señala que son oportunidades para presentar o solicitar la práctica de pruebas en primera instancia: *“...la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritos a la cuestión planteada.”*; así mismo, el artículo 180, numeral 10, del norma en cita, establece que la audiencia inicial es la oportunidad procesal para que el Despacho se pronuncie sobre las pruebas aportadas oportunamente por las partes.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto el artículo 173 del CPACA, señala que la reforma de la demanda puede referirse -entre otras-, a las pruebas, ello solo es en cuanto a la oportunidad para aportar medios que pretendan ser tenidos como pruebas, en cambio el artículo 180 ya referido, establece el momento procesal en el que el Despacho se pronunciará sobre los documentos que serán tenidos como pruebas para resolver el asunto. Por lo anterior, no le asiste la razón a la parte recurrente, toda vez que, la reforma de la demanda

fue presentada oportunamente y aún no se ha llegado al momento procesal pertinente para resolver sobre la práctica de las pruebas presentadas oportunamente.

Por lo expuesto, no se repondrá el auto del 27 de julio de 2023.

## 2. En cuanto al llamamiento en garantía

El artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 establece la posibilidad del llamamiento en garantía en los procesos contenciosos administrativos, al igual que determina los requisitos que debe contener la solicitud de la siguiente manera:

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

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

*El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:*

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

Con respecto a la oportunidad para formular la solicitud de llamamiento en garantía el artículo 172 del CPACA dispone:

*“ARTÍCULO 172. TRASLADO DE LA DEMANDA. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención.*

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la formulación de llamamientos en garantía dentro del presente asunto -lapso de traslado de la demanda- transcurrió entre el 12 de mayo de 2023<sup>1</sup> y el 28 de junio de 2023.

En tal sentido, se advierte que el llamamiento en garantía formulado fue presentado en el momento procesal oportuno, sumado a que resulta diáfano que fueron acreditados los requisitos de ley arriba señalados, de tal manera habrá de admitirse tal llamamiento.

Por lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

### Resuelve:

**Primero: No reponer** auto del 27 de julio de 2023.

---

<sup>1</sup> Pasados 25 días de la notificación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 199 del CPACA.

**Segundo: Admitir** el llamamiento en garantía formulado por el Consorcio Ceycontrol, frente a la Compañía Mundial de Seguros.

**Tercero: Notificar** personalmente a la Compañía Mundial de Seguros, de la admisión del llamamiento en garantía teniendo en cuenta la dirección aportada en el escrito de llamamiento en garantía y/o la dirección electrónica registrada en el correspondiente certificado de existencia y representación.

**Quinto:** Una vez notificada la llamada en garantía, **correr traslado** por el término de quince (15) días para contestar el llamamiento, proponer excepciones y solicitar pruebas a que haya lugar (art. 225 inc. 2).

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

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

A.I. 181

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.  
Radicado: 17-001-33-39-005-2023-00218-02  
Demandante: Edgar Alexander Naranjo  
Demandado: La Nación – Fiscalía General de la Nación.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

La parte demandante en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el **Decreto 382** de 2013, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe.

El **Juez Quinto de Manizales**, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, así como la de los demás jueces administrativos de este circuito judicial, podrían eventualmente beneficiarse del pronunciamiento que al efecto se disponga por ser destinatarios de la bonificación judicial en calidad de funcionarios de la Rama Judicial.

CONSIDERACIONES

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

**Estudio normativo.**

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

***Artículo 141.** Son causales de recusación las siguientes:*

*[...]*

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

*[...].*

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

***Artículo 131** Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:*

*[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]*

### **Se configura la causal de impedimento.**

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el **Juez Quinto** Administrativo de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demande.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

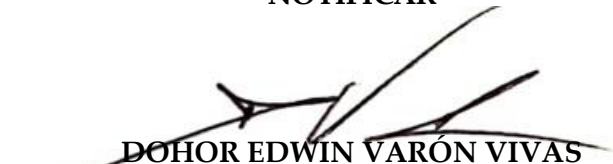
## **RESUELVE**

**Primero:** Declarar fundado el impedimento manifestado por el **Juez Quinto** Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **Edgar Alexander Naranjo Gutiérrez** contra la Nación – **Fiscalía General de la Nación.**

**Segundo:** Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día 8 de septiembre de 2023 a las 2:00 de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 53 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 PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                           |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17001-23-33-000-2021-00265-02                                                             |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                    |
| DEMANDANTE       | AMPARO VALENCIA GRAJALES                                                                  |
| DEMANDADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo ficto configurado al no dar respuesta a la petición presentada el 15 de diciembre de 2020, que solicitó el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación de la demandante a la edad de 55 años, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada, es decir, a partir del 29 de octubre de 2019.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado, es decir, a partir del 29 de octubre de 2019.



2. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA.
3. Condenar a la demanda al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.
4. Condenar al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA.
7. Condenar en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

### **HECHOS**

- La demandante nació el 29 de octubre de 1964, por lo que en la actualidad tiene más de 55 años.
- La actora fue vinculada como empleada pública en el municipio de Pácora – Caldas, el día 1 de octubre de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1994; del 1 de febrero de 1998 al 31 de diciembre de 2000; y del 1 de enero de 2004 al 11 de septiembre de 2005.
- La señora Valencia Grajales laboró como docente en la escuela Juan Gregorio Isaza en el municipio de Pácora, cubriendo licencia de maternidad de la educadora Blanca Nelly Loaiza Arias, desde el 16 de julio hasta el 6 de septiembre de 1997.
- La señora Velásquez Correa fue vinculada a la docencia oficial el 16 de septiembre de 2005, y hasta la fecha de presentación de la demanda continúa laborando.

➤ Al completar los 55 años de edad y los 20 años de servicios oficial solicitó la pensión ordinaria de jubilación a la demandada para que le fuera reconocida a partir del 29 de octubre de 2019, configurándose un acto administrativo ficto negativo.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

artículo 1 de la Ley 33 de 1985; numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; artículo 115 de la Ley 115 de 1993; artículo 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

Aseguró que a la demandante le debe ser reconocida una pensión de jubilación, compatible con el salario que percibe como educadora, en tanto los docentes vinculados previo a la expedición de la Ley 812 de 2003 tienen derecho a que se les apliquen las normas anteriores a esta, es decir, la Ley 33 de 1985, como servidores públicos regulares, o se si trata de docentes que tenían aportes al sector privado la Ley 71 de 1988, para la pensión por aportes.

Aclaró que la demandante se encuentra vinculada con anterioridad al 23 de junio de 2003, y a partir de ese momento se entiende vinculada para los efectos del cumplimiento del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, pues no se puede olvidar que la expresión “vinculados” la desarrolla la norma, y su finalidad es proteger las situaciones de los docentes que tuvieran tiempo de servicio anterior, como es el caso de la actora.

Añadió que reconocer la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 100 de 1993 vulneraría las normas que regulan el régimen docente, en especial la Ley 812 de 2003 que permite haber laborado antes del año 2003 para acogerse a las prerrogativas de la Ley 33 de 1985.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

En relación con los hechos adujo que se atenía a lo que se lograra demostrar en el proceso. Y frente a las pretensiones manifestó que se oponía a su prosperidad, ya que los actos administrativos demandados se profirieron con fundamento en los parámetros normativos vigentes sobre el reconocimiento, pago y liquidación de pensiones, y frente a los mismos se presume su legalidad.

Indicó que los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989 mantuvieron el régimen del que venían gozando en cada entidad territorial; y los

nacionales y los que se vincularon a partir del 1° de enero de 1990 se rigen por las disposiciones aplicables a los empleados público nacionales, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan a futuro, al tenor de lo establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Que para el presente caso la demandante se vinculó en propiedad con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que sus derechos pensionales se rigen por la Ley 100 de 1993, lo que significa que no tiene derecho al reconocimiento de la pensión según lo previsto en la Ley 91 de 1989.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** de las disposiciones incoadas por la parte actora no puede alegarse error o indebida aplicación de la ley, ya que la accionante le son aplicables las disposiciones consagradas en el régimen de prima media de la Ley 100 de 1993, en razón que se vinculó al Fondo de Prestaciones con posterioridad a la Ley 812 de 2003.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** insistió en los argumentos expuestos en la demanda, especialmente en el hecho que la actora queda cubierta por la transición de la Ley 812 de 2003 por tener vinculaciones anteriores a la expedición de dicha disposición, lo que le da derecho a que se le apliquen las normas establecidas para todos los servidores públicos al momento de resolver su situación pensional; prestación periódica que resaltó debe reconocerse en los términos previstos en la sentencia de unificación emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, sin exigir el retiro del servicio.

#### **CONSIDERACIONES**

Como no se observa alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

#### **Problemas jurídicos**

Al momento de proferir auto conforme al artículo 182A del CPACA se estableció como segundo problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le

reconociera una pensión de jubilación por aportes. Sin embargo, este interrogante se modificará, en atención al material probatorio, para plantearlo en el sentido de si la demandante tiene derecho a que se le reconozca una pensión de jubilación o por aportes.

Así las cosas, los interrogantes a despejar en esta sentencia serán los siguientes:

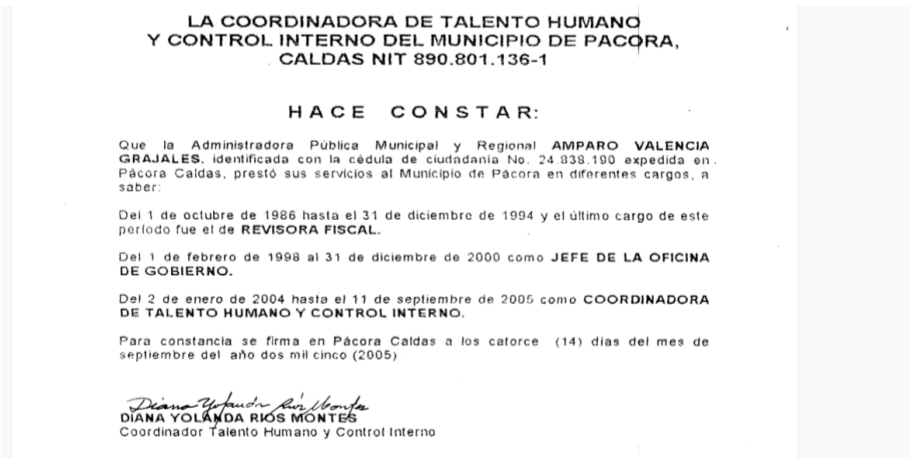
- 1. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la actora?
- 2. ¿Tiene derecho la señora Amparo Valencia Grajales a que se le reconozca una pensión de jubilación por aportes o una pensión de jubilación?

Si hay lugar a la pensión deberá la Sala resolver:

- 3. ¿La actora goza de los beneficios consagrados en la ley para el régimen pensional de los docentes, frente a la compatibilidad con otras pensiones, que le permita seguir laborando como docente?
- 4. ¿Se presentó prescripción de las mesadas pensionales?

Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, la señora Amparo Valencia Grajales nació el 29 de octubre de 1964.
- Según certificado expedido por la Coordinadora de Talento Humano y Control Interno del municipio de Pácora, la señora Amparo Valencia Grajales prestó sus servicios a ese municipio de la siguiente manera:



- Según constancia expedida por la secretaria de Gobierno del municipio de Pácora, la demandante reporte los siguientes tiempos de servicios prestados a ese ente territorial:

- Citadora: 1/10/1986 al 30/12/1990
- Ayudante de oficina: 31/12/1990 al 10/05/1991
- Revisora Fiscal de la Contraloría Municipal: 11/05/1991 al 31/12/1994.
- Secretaria de Gobierno Municipal: 1/02/1998 al 31/12/2000.

- Reposan los siguientes actos administrativos de nombramiento:

- Decreto 004 del 27 de septiembre de 1986 que nombró a la señora Amparo Valencia en el cargo de citadora de la Alcaldía Municipal de Pacora, y el acta de posesión 006 del 1 de octubre de 1986.

- Decreto 109 del 28 de diciembre de 1990, mediante el cual se nombró a la accionante en el cargo de ayudante de oficina del municipio de Pacora, y el acta de posesión 54 del 31 de diciembre de 1990.

- Resolución nro. 001 del 11 de mayo de 1991 que nombró a la señora Valencia Grajales en el cargo de Revisor de la Contraloría Municipal de Pácora, y el acta de posesión 001 del 11 de mayo de 1991.

- Acta de posesión 012 del 31 de enero de 1998, que da cuenta de la posesión de la actora como secretaria de Gobierno del municipio de Pacora.

- Resolución nro. 003 del 2 de enero de 2004, a través de la cual se nombró a la demandante en el cargo de Coordinadora de Talento Humano y Control Interno del municipio de Pacora, y el acta de posesión 001 del 2 de enero de 2004.

- El alcalde del municipio de Pácora emitió certificado en el cual hace constar que la demandante prestó sus servicios como docente de tiempo completo en la escuela Juan Gregorio Isaza, ubicada en la vereda Cerro Grande de ese municipio, del 16 de julio al 6 de septiembre de 1997 cubriendo la licencia por maternidad de la educadora Blanca Nelly Loaiza Arias, legalizada mediante Resolución nro. 04028 del 8 de julio de 1997.

- Reposo certificado expedido por el director de núcleo y la coordinadora de educación que da cuenta del tiempo laborado por la actora en reemplazo de una docente por licencia por maternidad:

28

EL DIRECTOR DE NÚCLEO Y LA COORDINADORA DE EDUCACION

CERTIFICAN:  
El tiempo laborado de reemplazos de personal Docente

Código PER C. Educativo

13 - 299

Municipio

PACORA

Centro Educativo

ESCUELA JUAN GREGORIO ISAZA

Funcionario

AMPARO VALENCIA GRAJALES

C.C. ☒ T.L. ☐

Nro.

24.838.190

De:

PACORA

Título Académico:

BACHILLER PEDAGÓGICO

Escalafón Docente. Grado:

1

Resolución Nro.

10654

Año

86

Mes

12

Día

09

expedida por la Junta Seccional de Escalafón Docente de

CALDAS

TIEMPO LABORADO

| Año | Desde | Hasta | Nro. |
|-----|-------|-------|------|
| Mes | Día   | Mes   | Día  |
| 97  | 07    | 09    | 06   |
|     |       |       | 53   |

Vinculación De

Tiempo Completo ☒

Medio Tiempo ☐

Reemplaza a:

ELIANCA PATILLO LOAYZA ARIAS

C.C. ☒ T.L. ☐

Nro.

24.838.464

De:

PACORA

Quien se encuentra en:

LICENCIA POR MATERNIDAD

Desde

| Año | Mes | Día |
|-----|-----|-----|
| 97  | 08  | 15  |

Hasta

| Año | Mes | Día |
|-----|-----|-----|
| 97  | 09  | 08  |

Nro.

Días

84

Situación (es) Administrativa (s) Legalizadas por:

Resolución ☒ Decreto ☐

Nro.

04028

Año

97

Mes

07

Día

08

Expedidos (as) por:

LA JEFATURA DE PERSONAL DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Se expide con destino al Fondo Educativo Regional de Caldas para efectos de pago del Reemplazo.

PACORA, 24 DE SEPTIEMBRE DE 1997

30 / 57

DIAGO CARMONA RODRIGUEZ

LUCIA DEL S. BEDOYA TOPEL

- Mediante Decreto 01986 del 26 de agosto de 2005 se nombró a la señora Amparo Valencia Grajales como docente del Colegio San Luis del municipio de Neira, área de Matemáticas; tomando posesión del cargo el día 16 de septiembre de 2005, según acta nro. 001354.
- Según el formato único para la expedición de certificado de historia laboral, la demandante comenzó a laborar en el Centro Educativo San Luis (Neira) el 16/09/2005, sin que en el mismo se haya establecido fecha de finalización, marcándose con una “equis” la casilla de “activa”. El certificado data del 17/11/2020.
- Mediante petición radicada el 15 de diciembre de 2020 se solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de una pensión de jubilación, sin que repose prueba de haberse emitido respuesta por parte de la demandada.

Cuestión previa

Según el material probatorio, el día 15 de diciembre de 2020 la demandante presentó, a través de la Secretaría de Educación departamental, petición a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con la finalidad de

que se le reconociera una pensión de jubilación, sin que repose prueba de que la misma fue resuelta dentro de los plazos legales establecidos en el CPACA.

Lo anterior, denota la configuración del acto administrativo ficto negativo en relación con la mencionada solicitud.

En el desarrollo de los problemas jurídicos, se determinará si es procedente declarar su nulidad.

### **Primer problema jurídico**

¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la actora?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que al reportar la demandante vinculaciones como docente con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, en virtud de la Ley 91 de 1989, su situación pensional no se regiría por la Ley 100 de 1993, sino que la accionante gozaría del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional.**

Frente a este tema, la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentó jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en aplicación de las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, relativa al IBL de acuerdo a los regímenes existentes para los educadores; y en esa misma medida desarrolló los parámetros a tener en cuenta para los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

De conformidad con esta providencia, para determinar cuál es el régimen pensional aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>1</sup> que reguló dos eventos:

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público

---

<sup>1</sup> “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media 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.

Por su parte, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.*** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*2. Pensiones: [...]*



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

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019<sup>2</sup>, indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>”*.

De acuerdo a lo anterior, y para el caso concreto, se tiene que la demandante fue nombrada en provisionalidad en el año 2005. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993. Pero como en la demanda se argumenta que laboró como docente para el municipio de Pácora antes del 2003, se procederá a revisar si ese nombramiento es válido para efectos pensionales.

De acuerdo al material probatorio, y según certificado que fue relacionado en el acápite de lo probado, mediante Resolución 04028 del 8 de julio de 1997 se designó como docente de tiempo completo a la actora, en reemplazo de la educadora Blanca Nelly Loaiza Arias, quien salió a licencia de maternidad; ocupando el cargo entre el 16 de julio al 6 de septiembre de 1997.

Ello denota que, para el caso de la accionante, sí existió una vinculación como docente antes del año 2003, la cual según la sentencia de unificación le otorgaría el derecho de quedar cubierta por la transición de la Ley 812, y que denotaría que su situación pensional debe ser analizada bajo las normas que regulan el régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional, Ley 33 de 1985, o incluso la Ley 71 de 1988, en caso que tenga vinculaciones en el sector público y privado.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

<sup>3</sup> Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

<sup>4</sup> Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

**Segundo problema jurídico**

¿Tiene derecho la señora Amparo Valencia Grajales a que se le reconozca una pensión de jubilación por aportes o una pensión de jubilación?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis que la demandante no cumple los requisitos para que le sea reconocida pensión por aportes con fundamento en la Ley 71 de 1988, pero sí los parámetros para reconocerle una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, calculada con un ingreso base de liquidación conformado por los factores salariales percibidos en el año de adquisición del estatus sobre los cuales hubiera hecho aportes, conforme a la Ley 62 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

Según lo resuelto en el anterior problema jurídico, a la accionante le asiste razón cuando indica que con anterioridad a la Ley 812 de 2003 tuvo vinculaciones como docente; periodos de tiempo que le sirven para acreditar su calidad de educadora, y que dan soporte para afirmar que tiene derecho a que su situación pensional se revise conforme el régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional.

Ahora, en este punto es necesario precisar que en la demanda en algunos acápites se habla de reconocimiento de pensión de jubilación, con fundamento en la Ley 33 de 1985; y en otros se habla del reconocimiento de una pensión por aportes, de la Ley 71 de 1988, por lo que se revisará su historial laboral a efectos de establecer si procede reconocer alguna de estas modalidades de pensión.

La Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, consagra en su artículo 7 lo siguiente:

***Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.***

***El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.***

Y los artículos 1, 6 y 8 del Decreto 2709 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 dispuso:

***Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.***

*Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.*

(...)

***Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.***

*Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.*

(...)

***Artículo 8°. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.***

El anterior marco normativo es claro en determinar que la pensión por aportes se reconoce a los empleados oficiales 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, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales.

Es decir, esta pensión se reconoce bajo el supuesto de haberse efectuado aportes derivados de la prestación del servicio tanto del sector público como del sector privado, y por ello se establece el tener que haber cotizado al antiguo ISS, pues para la data de expedición de la norma no existían los fondos pensionales privados.

En este caso no está acreditado de ninguna manera que la actora haya prestado servicios al sector privado y que por el mismo hubiera realizado cotizaciones al ISS, pues según los

certificados de tiempos de servicios, aparte de su nombramiento como docente, tiene designaciones en el municipio de Pácora en el área administrativa, lo que haría encajar su situación en la hipótesis para reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 33 de 1985, norma que 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.*

De conformidad con lo reseñado en el capítulo de pruebas, se puede concluir que la actora tiene el siguiente tiempo de servicios:

| Nombramiento                             | período    |                                    | entidad donde prestó servicio y cargo                                  | tiempo de servicios         |
|------------------------------------------|------------|------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|
|                                          | desde      | hasta                              |                                                                        |                             |
| Decreto 004 del 27 de septiembre de 1986 | 1/10/1986  | 30/12/1990                         | municipio de Pácora (citadora de la alcaldía municipal)                | 4 años – 2 meses y 29 días  |
| Decreto 109 del 28 de diciembre de 1990  | 31/12/1990 | 10/05/1991                         | municipio de Pácora (ayudante de oficina de la alcaldía)               | 4 meses – 9 días            |
| Resolución 001 del 11 de mayo de 1991    | 11/05/1991 | 31/12/1994                         | municipio de Pácora (revisora fiscal de la contraloría municipal)      | 3 años – 7 meses – 20 días  |
| Resolución 0428 del 8 de julio de 1997   | 16/07/1997 | 6/09/1997                          | municipio de Pácora (docente)                                          | 1 mes y 20 días             |
| Resolución 048 del 31 de enero de 1998   | 1/02/1998  | 31/12/2000                         | municipio de Pácora (secretaria de Gobierno)                           | 2 años – 11 meses – 20 días |
| Resolución 003 del 2 de enero de 2004    | 2/01/2004  | 11/09/2005                         | municipio de Pácora (coordinadora de Talento Humano y Control Interno) | 1 año – 8 meses – 9 días    |
| Decreto 01986 del 26 de agosto de 2005   | 16/09/2005 | 17/11/2020 (fecha del certificado) | Secretaría de Educación del departamento de Caldas                     | 15 años -2 meses            |

Se tiene prueba de que la actora nació el 29 de octubre de 1964, por lo que cumplió los 55 años el 29 de octubre de 2019.

Significa que la señora Amparo Valencia Grajales adquirió el estatus pensional el día 29 de octubre de 2019, pues en esa data cumplió el último requisito establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, este es, la edad.

Así las cosas, la demandante efectivamente está cubierta por la Ley 33 de 1985 para efectos pensionales y cumple los requisitos de esta norma, por lo que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo ficto que negó el reconocimiento de una pensión de jubilación, para ordenar que la misma sea otorgada a partir del 29 de octubre de 2019.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, 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 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º 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 1º.** *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación*

*básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Como se advirtió, la demandante tiene derecho a una pensión en los términos de la Ley 33 de 1985, y en cuanto al ingreso base de liquidación, de conformidad con la sentencia de unificación relacionada, se entiende que este comprende i) el período correspondiente al último año de servicio, anterior a la consolidación del estatus pensional; y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985 que, se repite, 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.

Cuando se revisa el año de estatus de la demandante, el mismo estaría comprendido entre el 28 de octubre de 2018 y el 29 de octubre de 2019, período en el cual percibió, según certificado de factores salariales, además de la asignación básica mensual, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente, bonificación pedagógica y prima de vacaciones.

Se debe aclarar que la prima de navidad y de vacaciones no hacen parte de la base de liquidación de la pensión, en tanto no están enlistadas en la Ley 62 de 1985 y no se probó haber efectuado aportes sobre ellas.

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

En relación con la bonificación mensual, la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de octubre de 2019 estableció que a pesar de que la bonificación de que trata el artículo 1º del Decreto 1566 de 2014 no se halla enumerada dentro del catálogo de factores a que alude el artículo 10 de la Ley 62 de 1985, porque se creó con posterioridad, también es claro que la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales.

En efecto, el Decreto 1566 de 2014 consagra:

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

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

Dicho decreto a su vez fue derogado por los Decretos 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, 322 de 2018, 1022 de 2019, 298 de 27 de febrero de 2020<sup>5</sup> 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.

---

<sup>5</sup> 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.

Frente a la bonificación pedagógica, el Decreto 2354 de 2018 creó el factor salarial mencionado para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación señaló lo siguiente:

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

*1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.*

*2. En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.*

*3. A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.*

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

*1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.*

*2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.*

*3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.*

*4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.*

*5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.*

**PARÁGRAFO 1. El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2 del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año**



continuo de servicios efectivamente prestado (Subrayado fuera de texto).

Al revisar esta norma del año 2018 se llega a la conclusión que, aunque en ella se estableció que la bonificación pedagógica constituía factor salarial para todos los efectos legales, también se determinó que sería cancelada una sola vez al año, cuando se hubiera laborado un año continuo de servicios; y que el primer pago se haría en diciembre de 2018, y que no tendría efectos retroactivos bajo ninguna consideración.

En el presente caso el certificado de factores salariales da cuenta que este rubro fue percibido entre los años 2018 y 2019, época en la cual ya había sido creada como factor salarial, por lo que también hay lugar a incluirla en el IBL de la pensión.

Aunque en el expediente no existe prueba de que la actora haya realizado aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones sobre la bonificación mensual y la bonificación pedagógica, también lo es que, según el formato único para la expedición de certificado de salarios, en el año de estatus pensional fueron devengadas; por ende, de conformidad con la normativa citada, deben tenerse en cuenta dichos emolumentos para establecer el ingreso base de liquidación de la mesada pensional, puesto que sobre los mismos se debían haber efectuado las respectivas cotizaciones.

Lo expuesto permite inferir que, si bien la tasa de reemplazo que se debe aplicar es del 75%, no es procedente liquidar la pensión de la demandante con la totalidad de factores salariales percibidos en el año de estatus, sino solamente incluir en el IBL la asignación mensual, la bonificación mensual y la bonificación pedagógica devengadas entre el 28 de octubre de 2018 y el 29 de octubre de 2019.

Finalmente, sobre el tema de los aportes pensionales, debe advertirse que se debe dar primacía al principio de sostenibilidad financiera del sistema, y como en este caso la demandante laboró para el municipio de Pácora es claro que durante ese tiempo que duró la relación debieron realizarse las cotizaciones a pensión.

Como en este proceso no está vinculado el mencionado municipio, no es posible emitir orden alguna en su contra en relación con los aportes pensionales. Pese a ello, como el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de reconocer la prestación periódica, por tratarse de una docente afiliada al mismo, se le ordenará ejecutar las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que, si es del caso, adelante el cobro de los aportes a pensión que hagan falta por el tiempo laborado por la actora en el municipio de Pácora en la proporción que corresponde tanto a este ente

territorial como a la demandante; o lleve a cabo las gestiones para obtener las cuotas partes pensionales de la entidad de previsión a la que se hayan realizado, si es que así ocurrió.

### **Tercer problema jurídico**

¿La actora goza de los beneficios consagrados en la ley para el régimen pensional de los docentes, frente a la compatibilidad con otras pensiones, que le permite seguir laborando como docente?

**Tesis:** La Sala defenderá la tesis que por la labor que desempeñan los docentes, y de conformidad con la ley, pueden percibir el salario y la pensión ordinaria de jubilación, sin que deba exigirse el retiro del servicio.

La Constitución Política de 1991 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”*.

Y es justamente la Ley 4 de 1992 la que en su artículo 19, literal g) dispone lo siguiente:

**ARTÍCULO 19.** *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. Exceptuánse las siguientes asignaciones:*

*(...)*

*g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

La anterior norma se complementa con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 334 de 1996 y artículo 70 del Decreto 2277 de 1979.

En este orden, por tratarse en este caso de un docente cobijado por la excepción prevista en el precepto normativo ya citado, el reconocimiento de la pensión de jubilación no conlleva la exigencia del retiro definitivo del servicio, por lo que así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

### **Cuarto problema jurídico**

¿Se presentó prescripción de las mesadas pensionales?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis de que no se configuró la prescripción, ya que no transcurrieron más de 3 años entre la adquisición del derecho y la reclamación administrativa.

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción conviene acudir al Decreto 1848 de 1969, norma que establece en su artículo 102:

*1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

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

Según el material probatorio, la demandante adquirió el derecho el 29 de octubre de 2019; la petición de reconocimiento pensional se radicó el 15 de diciembre de 2020; y la demanda se presentó el 15 de julio de 2021. Lo anterior, demuestra que no transcurrieron más de 3 años entre el nacimiento del derecho y la reclamación administrativa.

Por ello, se declarará no probada la excepción de prescripción.

## **Conclusiones**

En el presente caso es procedente declarar la nulidad del acto administrativo ficto negativo, para ordenar a la demandada que reconozca una pensión de jubilación a la demandante conforme la Ley 33 de 1985, en tanto tiene una vinculación como docente anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003, la cual debe ser calculada con un porcentaje del 75% aplicado a un IBL conformado por los factores salariales percibidos en el año de estatus, comprendido entre el 28 de octubre de 2018 y el 29 de octubre de 2019, como son la asignación mensual, la bonificación mensual y la bonificación pedagógica.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la

causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**Costas**

Al tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas, ya que se accederá parcialmente a pretensiones.

Por lo discurrido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** configurado el acto ficto frente a la petición radicada por la señora Amparo Valencia Grajales ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 15 de diciembre de 2020, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN** denominada “**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**”, planteada por la demandada.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo ficto; y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca, a partir del 29 de octubre de 2019, una pensión de jubilación la señora Amparo Valencia Grajales bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, la cual se calculará con el 75% de un IBL conformado por los factores salariales percibidos en el año de estatus, comprendido entre el 28 de octubre de 2018 y el 29 de octubre de 2019, como son asignación mensual, bonificación mensual y bonificación pedagógica, sin que para devengar la pensión sea necesario su retiro del

servicio docente.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor de la demandante, deberán ser ajustadas en su valor, aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

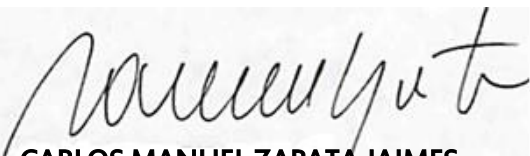
**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones.

**QUINTO:** La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2º del precepto citado.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia por lo brevemente expuesto.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto conforme acta nro. 049 de la misma fecha.

  
**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente

  
**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b><br/><b>ESTADO ELECTRÓNICO</b></p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|             |                                                                                                          |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PROCESO No. | 17001-33-33-001-2022-00175-02                                                                            |
| CLASE       | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                   |
| ACCIONANTE  | NELSON ENRIQUE TRUJILLO GALVIS                                                                           |
| ACCIONADO   | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que negó las pretensiones, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de diciembre de 2022.

**PRETENSIONES**

La parte accionante solicitó:

*1) Declarar la nulidad del acto ficto configurado por la no respuesta a la petición presentada el día 30 de julio de 2021, que solicitaba el reconocimiento de la sanción moratoria conforme a la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2) Declarar que mi representada tiene derecho a que la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

**CONDENAS**

*1) Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta*

*(70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2) Que se ordene NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).*

*3) Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, 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 referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*

*4) Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.*

*5) Condenar en costas a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*

### **HECHOS**

Que la demandante presta sus servicios al sector educativo estatal en el municipio de Manizales, por lo que solicitó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 22 de julio de 2020, el reconocimiento y pago de una cesantía parcial.

Mediante Resolución nro. 2334-6 del 31 de julio de 2020 le fue negado el reconocimiento de la cesantía parcial; la parte actora interpuso recurso de reposición siendo resuelto mediante Resolución nro. 2632-6 del 31 de agosto de 2020, siendo reconocida la cesantía reclamada. Dicha prestación fue efectivamente cancelada el 16 de marzo de 2021.

Mediante petición, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada, sin embargo, esta fue resulta negativamente a través del acto administrativo demandado.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

Consideró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende infringe los artículos 5, y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 244 de 1995 artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Manifestó que la sanción moratoria es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

Refirió que el espíritu de la normativa que contempla la sanción moratoria es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías, en tal sentido estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

Explica que la sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, cuando no se interponga recurso en contra del mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. En los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda.

Como razones de defensa esgrimió que si bien las sentencias de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, de los años 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción moratoria en



el pago de las cesantías que imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, las Altas Cortes determinaron que la sanción por mora si es aplicable al pago de las cesantías del FNPSM, a pesar que no esté provisto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005, la presencia de problemas operativos en las Entidades Territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FNPSM.

Para el reconocimiento de cesantías, y con el fin de observar el termino de quince días previsto en la Ley 1071 de 2006, la entidad territorial tiene cinco días para elaborar un proyecto de acto administrativo y remitirlo a la sociedad Fiduciaria; a su vez, esta cuenta con cinco días para expedirlo y aprobarlo, u objetarlo; y la Entidad Territorial tiene otros cinco días para expedir el Acto Administrativo.

Lo planteado resume que, pueden surgir varias circunstancias por las cuales la moratoria resulta configurada a favor del accionante: i) En la expedición del acto administrativo, fruto de una demora de la entidad territorial en enviar el proyecto de acto administrativo o en expedirlo luego de recibida la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria, ii) En la expedición del acto administrativo, producto de la demora de la sociedad fiduciaria en hacer la revisión respectiva; iii) Una vez expedido y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal.

En tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas hasta el 31 de diciembre de 2019; en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria, corre a cargo del FNPSM a pesar que la mora haya sido causada por la Entidad Territorial.

Situación diferente acontece en tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas desde el 01 de enero de 2020 pues, en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria corre a cargo del ente territorial, por expresa disposición legal.

Como excepciones propuso las que denominó:

**El pago de las cesantías se entiende satisfecho en el momento en que se produce el abono en la cuenta, independientemente del momento en que esta el valor se retire por el titular del derecho:** indicó que tal y como lo ha señalado la Sección Segunda, en sentencia del 22

de julio de 2021, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del Expediente: 05001-23-33-000-2017-02996-01 (659-2020), la contabilización de la mora debe realizarse, hasta el momento en que la Entidad realiza el pago; puesto que el pago extingue la obligación, mas no, hasta el momento en que el titular del derecho retira las sumas dinerarias de su cuenta bancaria.

**inexistencia actual de la obligación en cabeza de las entidades que represento, y a favor del demandante. // ausencia actual de objeto litigioso, frente a mis representadas, por pago de la obligación. // cobro de lo no debido, frente a mis representadas, porque la moratoria se generó en 2020:** indicó que, realizado el cómputo de la moratoria solicitada por el demandante, es evidente que la totalidad de esta se causó en el año 2020; y como se ha señalado, la responsabilidad del FNPSM en el pago de sanción moratoria, se extiende únicamente al 31 de diciembre de 2019, por expresa disposición legal.

**Falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir declaraciones y condenas por sanción mora, posteriores al 31 de diciembre de 2019:** señaló que quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron origen a la demanda. amparado en dicho presupuesto, ha de observarse que, en concordancia con las normas sustanciales que subsumen el caso *sub lite*, la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM– Fiduprevisora S.A, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, no es responsable del pago de la misma, por cuanto la moratoria se generó en vigencia del año 2020, periodo que debe ser asumido por el ente territorial.

**Legitimación exclusiva en la causa por pasiva del ente territorial, para asumir declaraciones y condenas, derivadas de sanción moratoria generadas desde el 01 de enero de 2020:** indicó que en razón a que el demandante presenta demanda pretendiendo el pago de presunta moratoria en el pago tardío de cesantías, generada en vigencia del año 2020, al amparo de la Ley 1955 de 2019, al ente territorial le asiste legitimación en causa por pasiva, Toda vez que con la expedición de la Ley 1955 de 2019 que derogó el artículo 562 de la Ley 962 de 2005,, reguló lo relacionado con la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prohibiendo que con cargo a los recursos de dicho Fondo se paguen las sanciones derivadas de la mora en el pago de las prestaciones, e imponiendo responsabilidad directa a la Secretaría de Educación del Ente Territorial por la mora en el pago de la cesantías.

**Sanción moratoria causada en vigencia del año 2020 debe ser cancelada por el ente territorial:** indicó que en concordancia con lo dispuesto en Artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, el extremo procesal legitimado, y que debe asumir el pago de la sanción mora generada en el año 2020, es el Departamento de Caldas / Secretaría de Educación Departamental. No se causó moratoria con corte al 31 de diciembre de año 2019, fecha limitante en el pago de este tipo de sanciones por parte del FNPSM, tal como lo expone el art. 57 de la ley 1955 de 2019.

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** al contestar la demanda esgrimió que se opone a todas y cada de las pretensiones de la parte demandante. Como razones de defensa describe la gestión de la entidad territorial en cuanto a la solicitud de cesantías se refiere. Afirmó que cumplió con los términos legales dentro del trámite que corresponde e informó que una vez queda en firme el acto administrativo ya no tiene incidencia dentro en el pago de la prestación.

Así mismo realizó un recuento de las actuaciones realizadas para el caso específico para concluir que no le asiste responsabilidad alguna a la entidad en la mora en el pago de las cesantías reclamada por la parte actora.

Como excepciones propone las que denominó:

**Cumplimiento de términos por parte de la entidad territorial Departamento de Caldas:** indico que el Departamento de Caldas –Secretaría de Educación-, cumplió fehacientemente los términos legales dentro del trámite, para el pago de las cesantías, recayendo, per se, la responsabilidad en la demora en el pago en la entidad Fiduciaria, quien se encarga de verificar el cumplimiento de los requisitos y efectuar el correspondiente pago o desembolso de la prestación otorgada; aunado, a que textualmente el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 consagra: *“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”*; queda claro entonces, que en el momento en que queda en firme el acto administrativo, el ente territorial ya no tiene ningún tipo de incidencia dentro del trámite de la prestación, convirtiéndose simplemente en un espectador mientras el resto del trámite culmina.

**Mala fe del demandante** señaló que la parte demandante con absoluta claridad manifiesta en el hecho quinto de la demanda indicó que la entidad territorial se excedió en los términos de 15 días que le exige la ley 1955 de 2019 para la expedición del acto administrativo, cuando esta manifestación es falsa y malintencionada ya que claramente se observa que el Departamento de Caldas, expide el acto administrativo solo 07 días hábiles siguientes a la solicitud 22 de julio de 2020 tal como se expone en el cuerpo de escrito de la presente contestación, y el que día 13 de agosto es notificado el acto administrativo 2334-6 del 31 de julio de 2020.

En ningún apartado de la presente demanda cabe decir que el Departamento de Caldas, en la única obligación que le competa, no la cumpla, teniendo en cuenta que la expedición de la resolución 2334-6 del 31 de julio de 2020 se hizo en tan solo 7 días hábiles siguientes a su reclamación. Y alegar que entre la fecha de radicación y la fecha de expedición transcurrieron más de 15 días hábiles sin ser así es un acto de mala fé, que puede conllevar a que el despacho incurra en un error.

**Buena fe:** la entidad ha actuado de buena fe en la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de las cesantías a favor de la actora.

**Prescripción:** En caso de acceder a las suplicas de la demanda, solicito se aplique la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 07 de diciembre de 2022 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico, la procedencia de la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, negó las pretensiones de la parte actora.

Explica que, si bien los docentes del sector público tienen una regulación en materia de cesantías prevista en la Ley 91 de 1989, esta norma no contempla dentro de su articulado la sanción que reclama la actora, y que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sí fijan los términos del pago oportuno de la prestación para los servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, entre los que se encuentran los docentes.

Apoyada entonces en las anteriores normas, resalta que, a partir del momento de radicación de la solicitud, la entidad dispone de un término de 15 días hábiles para emitir el acto administrativo, más 10 días de ejecutoria, y una vez en firme el mismo, tiene un plazo de 45 días adicionales para realizar el pago, so pena de causar la sanción moratoria.

Concluyó el A quo, el término para determinar la causación o no de la sanción mora corre a partir del momento en que la Administración accede a la solicitud, pues antes de ello lo que existe es una negativa del reconocimiento a pagar cesantías, decisión que hasta que no sea revocada está amparada por la presunción de legalidad.

Al referirse al caso concreto señaló que el acto inicial que negó el pago de cesantías ya estaba notificado al 15 día hábil siguiente, es decir, el 13 de agosto de 2020, y el recurso de reposición fue interpuesto hasta el 28 de agosto de 2020 y la solicitud fue resuelta al segundo día hábil siguiente a su interposición, es decir, el 31 de agosto de 2020, por lo que se concluye que hasta aquí no hubo demora o dilación de parte de la Secretaria de Educación del Departamento.

En el expediente no obra prueba de la fecha de notificación del acto administrativo que accedió a la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías que fue expedido el 31 de agosto de 2020, y en ese caso, se entiende que la notificación "*debió ocurrir por ministerio de la ley a más tardar dentro de los 12 días siguientes a que se expide*", por lo que una vez transcurridos los 12 días que tendría la entidad para notificarlo se cuentan los siguientes 10 días de ejecutoria, al cabo de los cuales se empieza a contabilizar el término de 45 días que tiene el fondo para pagar, para un total de 67 días hábiles contados desde la expedición del acto administrativo.

En ese sentido, los 67 días hábiles contados desde la expedición del acto de reconocimiento y pago de las cesantías vencieron el día 7 de diciembre de 2020 y dado que el dinero se puso a disposición el 21 de noviembre de 2020, y por no ser cobrado se reprogramó su pago para el 16 de marzo de 2021, se tiene que en el caso concreto no se generó ningún día de sanción moratoria, ni a cargo de la Secretaria de Educación del Departamento ni del FNPSM.

#### **RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

**Parte demandante:** en el recurso de apelación indicó que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la

cesantía está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días después de haber radicado la solicitud, obviando la protección de los derechos al trabajador, haciéndose el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía, por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Con respecto a la reprogramación de las cesantías y el cobro de las mismas, indicó que en ningún momento se notificó que los recursos se encontraban disponibles en las fechas que indica la fiduprevisora, por lo que no es posible endilgarle responsabilidad al actor por la devolución de los dineros por no cobro.

Respecto de la indexación solicita el reconocimiento correspondiente sobre las sumas adeudadas y los intereses según lo dispuesto en el C.P.A.C.A., hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia que se profiera y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad responsable realice el pago se reconozca los intereses legales.

Por dicho motivo solicita se reconozca la actualización contenida en el artículo 187; si bien es cierto toda sentencia en valores económicos debe ser ajustada al valor presente de sin excepción alguna.

Respecto de la condena en costas, señaló que la jurisprudencia ha definido las costas procesales como aquellos gastos que se deben sufragar en el trámite de un proceso y éstas se componen de expensas y agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, entre otras, mientras que las agencias en derecho, sí corresponden a los gastos u honorarios del abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp.12425).

Por consiguiente, en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

En ese sentido, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, “la norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia”.

La mencionada sentencia precisó que, si bien es cierto, la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...”

Es así como según las leyes citadas y lo actuado en el proceso, no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

Para el presente caso, se tiene que la parte demandante no pretendió realizar actos dilatorios, ni temerarios, encaminados a perturbar el procedimiento, ni mucho menos congestionar el aparato judicial. Por tal motivo, respetuosamente se solicitó no imponer condena en costas y agencias en derecho, revocando así la decisión de primera instancia.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 04 del expediente digital de segunda instancia el Departamento y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

**FNPSM:** se pronunció en primera instancia respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora indicando que la sanción mora se genera cuando existe mala fe o negligencia del empleador, situación que en el presente asunto no se presenta, ya que

quien ostenta la calidad de empleador es la Secretaría de Educación, y si bien es cierto que los docentes se afilian al FNPSM, no es menos cierto que este también sea su empleador, pues dicha entidad no expide actos administrativos, no reconoce derechos laborales, no posesiona a los docentes ni demás actuaciones laborales tendientes al reconocimiento de prestaciones.

Indico que en el caso concreto se evidencia que mi representada no es empleadora, pues dicha calidad la ostenta es la Secretaría de Educación, y en todo caso la mala fe y la negligencia debe ser probada, situación que no ocurre en el presente caso, lo que conlleva a la desvinculación de la entidad accionada. Así las cosas, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por tal motivo deben ser despachadas desfavorablemente las suplicas de la demanda.

Por otro lado, se solicita al despacho no se condene en costas y agencias en derecho si se tiene en cuenta que la entidad ha obrado de buena fe, y a su vez no se comprobó por parte del accionante que se hayan causado, como tampoco fueron probadas tal como lo establece el numeral 9 del artículo 365 del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

### **CONSIDERACIONES.**

#### **Cuestión previa.**

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar, que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018<sup>1</sup>**, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso sub – examine:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

**3.5.1 Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda<sup>1</sup> ; Sentencia de unificación por Importancia jurídica; Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018; SUJ-012-S2; Bogotá D.C., 18 de julio de 2018; 73001-23-33-000-2014-00580-01-4961-2015



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<sup>2</sup> 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 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.

#### **Problema jurídico.**

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿Le asiste derecho al demandante a que con fundamento en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales?

---

<sup>2</sup> Artículos 68 y 69 CPACA.

En caso positivo, se deberá establecer:

2. ¿A qué entidad le corresponde el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas a favor del demandante?
3. ¿Desde cuándo se causaría la sanción prevista en el párrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?
4. ¿La condena al pago por la cantidad líquida de dinero se debe ajustar tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A.?
5. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte actora en primera instancia?

#### **LO PROBADO**

En el cartulario se encuentra probado que:

- Mediante la Resolución nro. 2334-6 del 31 de julio de 2020 se negó el reconocimiento de la cesantía parcial reclamada por el actor en virtud de la petición elevada el 22 de julio de 2020.
- Mediante escrito presentado el 28 de agosto de 2020 se presentó recurso de reposición frente a la resolución que niega el reconocimiento de la cesantía, siendo resuelto mediante la Resolución nro. 2632-6 del 31 de agosto de 2020 accediendo al reconocimiento de la cesantía parcial reclamada por el señor Trujillo Galvis.
- Conforme a certificación expedida por el BBVA al señor Trujillo Galvis le fueron dispuestas las cesantías el 21 de noviembre de 2020, siendo reprogramado el pago por no haber sido reclamado; siendo efectivamente canceladas las cesantías el 16 de marzo de 2021.
- El 30 de julio de 2021 se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías

solución al problema jurídico planteado

Ahora, el Máximo Tribunal Administrativo, conforme a la sentencia de unificación antes descrita, condensó en un cuadro la siguiente explicación en torno a la manera de computar la sanción moratoria de acuerdo a unas hipótesis:

| HIPÓTESIS                                      | NOTIFICACIÓN                                                          | CORRE EJECUTORIA                                                      | TÉRMINO PAGO CESANTÍA                           | CORRE MORATORIA                                             |
|------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| PETICIÓN SIN RESPUESTA                         | No aplica                                                             | 10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto                 | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 70 días posteriores a la petición                           |
| ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días) | Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago | 10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto                 | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 70 días posteriores a la petición                           |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Personal                                                              | 10 días, posteriores a la notificación                                | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 55 días posteriores a la notificación                       |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Electrónica                                                           | 10 días, posteriores a certificación de acceso al acto                | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 55 días posteriores a la notificación                       |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Aviso                                                                 | 10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso                | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 55 días posteriores a la entrega del aviso                  |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Sin notificar o notificado fuera de término                           | 10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>3</sup> | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 67 días posteriores a la expedición del acto                |
| ACTO ESCRITO                                   | Renunció                                                              | Renunció                                                              | 45 días después de la renuncia                  | 45 días desde la renuncia                                   |
| ACTO ESCRITO                                   | Interpuso recurso                                                     | Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve              | 45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria | 46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso |
| ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER             | Interpuso recurso                                                     | Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso               | 45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria | 61 días desde la interposición del recurso                  |

En consonancia con la anterior providencia, debe esta Sala poner de presente que en este caso la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas si bien se realizó el 22 de julio de 2020 fue negado mediante Resolución nro. 2334-6 del 31 de julio de 2020, acto

<sup>3</sup> Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

frente al cual se interpuso recurso de reposición el 28 de agosto de 2020; Mediante Resolución nro. 2632-6 del 31 de agosto de 2020 se repuso la decisión de no reconocer la cesantía reconocida. En este punto debe la Sala indicar que dentro de la oportunidad probatoria la parte actora no allegó la constancia de notificación de la resolución de reconocimiento, y si bien allegó la misma con el recurso de apelación no solicitó que se decretara el mismo como prueba, es por ello que en esta sede no puede tenerse en cuenta dicho documento, pues al no haberse decretado como prueba no se pudo dar el correspondiente traslado, lo que vulneraría el principio de contradicción de la prueba.

Como en este caso no se cuenta con constancia de notificación del acto administrativo de reconocimiento de la prestación, esto es la Resolución nro. 2632-6 del 31 de agosto de 2020 la mora correría 67 días después de la expedición del acto administrativo.

De acuerdo a la anterior información, se tenían como fechas límites para realizar el trámite de cesantías los siguientes:

| TÉRMINO                                                                                             | FECHA LÍMITE | CASO CONCRETO |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|---------------|
| Fecha de la <b>reclamación</b> de las cesantías parciales, recurso reposición                       |              | 28/08/2020    |
| Vencimiento del término para el <b>reconocimiento</b> – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006) | 18/09/2020   | 31/08/2020    |
| Vencimiento del término para el <b>pago</b> – 67 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)           | 07/12/2020   | 21/11/2020    |

De acuerdo a lo anterior, se advierte que el acto administrativo fue emitido en tiempo por la entidad territorial, es decir, dentro de los 15 días hábiles siguientes a su radicación; y el pago se efectuó dentro del plazo de 67 días hábiles siguientes a la expedición del acto administrativo, puesto que de acuerdo al certificado del banco el dinero estuvo a disposición del actor el 21 de noviembre de 2020 siendo necesaria su reprogramación ante la no reclamación del actor, haciéndose efectivo el cobro el 16 de marzo de 2021, por lo que no puede hablarse de una mora endosable a las accionadas.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en relación con la no causación de la mora reclamada por la parte actora.

Ahora bien, al no prosperar el recurso de apelación de la parte actora respecto del reconocimiento de la sanción moratoria, se torna irrelevante resolver las problemas jurídicos 2, 3 y 4.

**Condena en costas**

**5.¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte actora en primera instancia?**

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la condena en costas no se ajustó a derecho, ya que la decisión no se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.**

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se evidencia que, la Juez de instancia solo indicó:

“En todos los casos se condenará en costas a cargo de la parte vencida y a favor de la parte victoriosa. Las agencias en derecho se tasan en todos los casos en el 3% del valor de las pretensiones de las demandas, a favor de la parte victoriosa y a cargo de la parte vencida”.

De acuerdo con lo anterior, y para efectos de determinar la procedencia de las costas, la Juez no indicó a que criterio obedecía la condena en costas.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que en la condena en costas no se tuvieron en cuenta los criterios para imponerlas, tales como la conducta de las partes y que estas se hubieran causado y estuvieran acreditadas, ya que debía descartarse la apreciación objetiva, esto es, quien resultaba vencido en el proceso.

Sobre la condena en costas, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

*Se deduce en primer lugar que el CPACA contempla un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no tiene en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas, sentido en el cual ya se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>8</sup> en múltiples ocasiones.*

*Aunado a lo expuesto, recientemente la Sección Segunda, subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 21 de junio de 2018 radicado número 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:*

*“En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.”*

*De acuerdo con lo anterior y para efectos de determinar la procedencia de las costas, es menester indicar que se encuentra probado lo siguiente dentro del expediente:*

*-. Obra en el expediente, poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez togada que ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido, durante el trámite del presente proceso o y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituye poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano.*

*La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$536.067 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.*

En consecuencia, el artículo 188 del CPACA determina que la condena en costas no es automática frente a quien resulte vencido en el litigio, que las mismas se rigen entonces por un criterio objetivo valorativo.

Por ello, para imponerlas, hay que apoyarse en un criterio objetivo valorativo el cual exige no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las costas.

Cuando se revisa la motivación para la condena en costas de primera instancia se advierte que, la juez en momento alguno indicó la razón para ello, por lo que efectivamente al no haberse motivado vulnera el criterio objetivo valorativo. Por lo anterior, se revocará la condena en costas de primera instancia.

#### **Decisión de segunda instancia.**

En el caso concreto el Tribunal considera que se debe revocar el fallo de primera instancia en cuanto a la condena en costas, confirmándose lo relacionado con la negativa de las pretensiones referente al reconocimiento de la sanción moratoria.

#### **Costas en esta instancia**

En el presente asunto de conformidad con el artículo 365 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021,

no se condenará en costas en esta instancia, aplicando los parámetros establecidos por el C. G del P., toda vez que, la sentencia de primera instancia es confirmada parcialmente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL NOVENO respecto a la condena en costas**, de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de diciembre de 2022 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **NELSON ENRIQUE TRUJILLO GALVIS** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

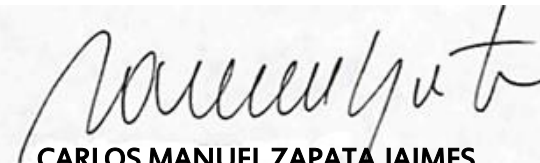
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo de primera instancia.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 conforme acta nro. 049 de la misma fecha.

  
**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente

  
**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b><br/><b>ESTADO ELECTRÓNICO</b></p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                                                       |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17-001-33-33-001-2022-00200-02                                                                                        |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                |
| ACCIONANTE       | ANGÉLICA MARÍA GUERRA VALENCIA                                                                                        |
| ACCIONADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 17 de marzo de 2023.

**PRETENSIONES**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 24 de noviembre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

**Condenas:**

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de

Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.

3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.

4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

### **HECHOS**

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 24 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

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

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** frente a su competencia, indicó que siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

**FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resaltó que Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** advirtió que el acto ficto demandado es inexistente, toda vez que dicho fenómeno procedimental se configura al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A., cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la administración no ha notificado decisión alguna al respecto. En el caso objeto de análisis, la demandada mediante oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1º del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho

menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.

- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.

- **Condena en costas:** indicó que se han presentado demandas con los mismos supuestos de hecho y de derecho respecto de los cuales se ha expuesto su improcedencia; por lo tanto, considera que al tenor del artículo 188 del CPACA el libelo petitorio carece de fundamento legal, por lo que es procedente la condena en costas.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 17 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si era procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan; y si había lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecidas en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó el régimen de cesantías; el marco jurídico de las cesantías anualizadas; y el régimen de cesantías aplicable a los docentes; de lo cual concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rige por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se rigen por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Seguidamente, estudió las categorías de sanción moratoria relacionadas con las cesantías indicando que se tiene la contemplada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006; la del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; y la de la Ley 52 de 1975; y de acuerdo a ello se adentró a determinar la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990

a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio revisando las sentencias citadas por la parte actora como precedente, frente a las cuales concluyó que no existía posición jurisprudencial que de manera inequívoca y categórica obligara a la aplicación de la norma mencionada.

Continuó con la revisión del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliado al Fondo de Prestaciones, para lo cual citó la Ley 91 de 1989, el Decreto 196 de 1995, la Ley 715 de 2001, el Decreto 3752 de 2003, la Ley 1955 de 2019 y la sentencia SU 098 de 2018 que le sirvieron para precisar que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes no conllevaba la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, porque lo que ocurría era que a la cuenta del Fondo llegaban los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se lograba que dicho Fondo contara con los dineros necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

Que a lo anterior, se agregaba que no existía norma legal que impusiera al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación, propiamente dicha, y a una cuenta individual por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

Que al estar la docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

Por lo expuesto, concluyó que aunque los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, en los casos

analizados por la jurisprudencia, lo cierto es que se encontraban dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conllevaba a que la naturaleza del FOMAG fuera diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contuviera diferencias sustanciales.

Frente a los intereses a las cesantías citó el Acuerdo 039 de 1998, para explicar que este estableció la forma de reconocer y pagar las cesantías y los intereses.

Al descender al caso concreto indicó que la accionante estaba afiliada al Fondo de Prestaciones, y que aunque se tenía la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, esa actuación no se omitió en este caso ya que la disponibilidad de los recursos estaba garantizada porque quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

Adicional a esto, que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituía razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le era aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975, norma específica para el régimen general.

Se plasmó en la parte resolutive:

*PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.*

*SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.*

*TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora ANGÉLICA*



*MARÍA GUERRA VALENCIA en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en precedencia.*

*CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.  
(...)*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #25 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y

en síntesis insistió en los argumentos expuesto a lo largo del proceso, relativos al marco normativo y jurisprudencial que rige el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, entre ellos, sus características, la imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados al Fondo, y que las cesantías no se consignan sino que están presupuestadas y trasladadas al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

#### **Problema jurídico**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

#### **Lo probado**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$4.440.951, e intereses a las cesantías por \$425.230, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 24 de agosto de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020, sin que obre prueba de la respuesta que emitió la entidad.

#### **PRIMER PROBLEMA JURÍDICO**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por

la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

#### Marco normativo

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

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

*(...)*

#### **3. CESANTÍAS:**

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

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

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

La Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, 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 2003<sup>2</sup>, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

***ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*** *Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.*

***ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.*** *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a*

---

<sup>1</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>2</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

*la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.*

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

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

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

**ARTÍCULO 9º. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.*

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

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

**Parágrafo 2º.** *Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de*

*Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.*

**ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES.** *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

**ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y*



*liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*(...)*

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

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

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995<sup>3</sup> hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup> consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, como quiera 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

<sup>3</sup> "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

<sup>4</sup> "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".

<sup>5</sup> 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)

respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006<sup>6</sup>, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero<sup>7</sup>, 3 de marzo<sup>8</sup> y 19 de mayo de 2022<sup>9</sup>; sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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

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

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 1989<sup>10</sup>.

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

<sup>10</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

*sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.”*  
(Negrillas fuera de texto).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan de manera expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que “pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia

*Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período". Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que "El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

### **Conclusión**

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

### **Costas**

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, atendiendo que la sentencia de primera instancia será confirmada, y que por la interposición del recurso de apelación la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

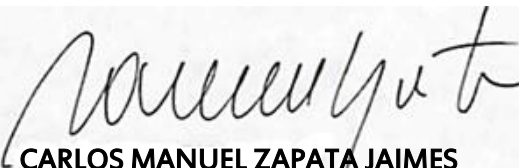
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 17 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ÁNGELICA MARÍA GUERRA VALENCIA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

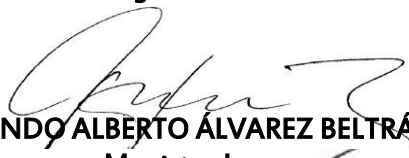
**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

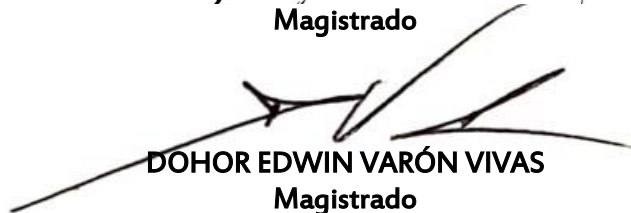
Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|            |                                                   |
|------------|---------------------------------------------------|
| RADICADO   | 17-001-33-33-001-2022-00316-02                    |
| CLASE      | PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS |
| ACCIONANTE | CARLOS ARTURO HENAO GALINDO                       |
| ACCIONADO  | MUNICIPIO DE MANIZALES                            |

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Manizales contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de junio de 2023, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare que el municipio de Manizales está vulnerando los derechos colectivos contemplados en los literales a), d), g) y l) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, de la comunidad que disfruta el Coliseo CIC Centro de Integración Ciudadana de Aranjuez, por la omisión en la ejecución de las acciones, obras de restauración, mantenimiento que permitan el pleno disfrute.
2. Que se ordene al municipio de Manizales ejecutar dentro de un término prudencial las acciones requeridas para la mitigación del riesgo y se ordene la realización de las obras y adecuaciones necesarias del CIC Centro de Integración Ciudadana de Aranjuez, con su respectivo mantenimiento periódico.
3. Se solicita la instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo; instalación de una capa anti deslizante en la cancha; instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas; mejoramiento de la calidad de iluminación; instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas del vecindario; trazado e instalación de la cancha de voleibol; y las demás que se hagan necesarias como protección y garantía de la comunidad.

### **HECHOS**

- Aseveró que los ciudadanos de Manizales, especialmente la comunidad que requiere disfrutar del deporte y eventos lúdicos saludables, beneficiados por el Coliseo CIC Centro de Integración Ciudadana de Aranjuez, se encuentran en alta vulneración de sus derechos e intereses colectivos por el mal estado físico de sus instalaciones y abandono.
- Que a través de derecho de petición que data del 8 de noviembre de 2016 se acudió al ministerio del Interior dando a conocer la problemática y necesidad de instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo; capa anti deslizante en la cancha; instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas; mejoramiento de la iluminación; instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas; entre otras.
- Que la respuesta fue remitida por competencia a la alcaldía de Manizales, y así sucesivamente se ha acudido de manera personal y a través de escritos a esta reclamando la presencia institucional en el sector, sin que hasta la fecha exista una solución a la problemática.
- Que los CIC son una herramienta para tratar el comportamiento individual y colectivo y contribuir con la construcción de la ciudadanía, la legitimidad institucional, la seguridad y la participación ciudadana, para lograr una mejor calidad de vida a través de las actividades pedagógicas, lúdicas, culturales y deportivas.
- Que la comunidad se ve afectada porque en época de lluvias se deben interrumpir los eventos por inundación, además porque el piso se pone liso, lo que genera riesgo en la integridad física porque es anti técnico ya que debe ser antideslizante; los tableros de baloncesto no obedecen a las normas; la iluminación es deficiente; en el deporte de microfútbol los balones llegan hasta las casas ocasionando daños; por lo que se han visto en la necesidad de programar premiaciones y partidos en otros escenarios.

### **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

**MUNICIPIO DE MANIZALES:** comenzó por pronunciarse sobre los hechos para afirmar de su mayoría que se debía probar el perjuicio, y que si lo había, fuera en afectación de algún derecho constitucional colectivo imputable al municipio de Manizales.

En relación con las pretensiones se opuso a su prosperidad, al considerar que el ente territorial no ha vulnerado ni puesto en peligro por acción u omisión los derechos colectivos invocados.

Resaltó que no se advierte un escenario de riesgo que amerite la intervención inmediata de las autoridades administrativas, así como tampoco de las autoridades judiciales en pro de una posible afectación de derechos colectivos.

Con soporte en conceptos técnicos del 19 y 20 de octubre de 2022 indicó que no es procedente que el accionante refiera que en este inmueble se deban hacer inversiones exclusivamente para el mejoramiento de escenarios deportivos por parte del municipio cuando tampoco se ha autorizado la implementación exclusiva de estos escenarios deportivos en el lugar.

Propuso las excepciones de:

- **Improcedencia de la acción:** de conformidad con el artículo 9 de la Ley 472 de 1998 es claro que no se presenta vulneración de los derechos invocados.

- **Moralidad administrativa:** el municipio ha dado cumplimiento a las funciones administrativas acorde a sus competencias en pro de la comunidad y cumpliendo los fines estatales, sin omisión alguna.

- **Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción:** indicó que en el caso hipotético que el juez considere cierta la reclamación conforme a los hechos expuestos, no existe nexo de causalidad entre la problemática y el municipio de Manizales, ya que al inmueble, aún siendo bien fiscal, no se le pueden invertir dineros públicos en su mejoramiento sin mediar planificación, valoración de necesidades y cumplimiento normativo en la contratación.

- **Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos:** la carga de la prueba corresponde a la accionante, es decir, es su deber probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección reclama.

- **Carencia actual de objeto:** con soporte en concepto técnico adujo que el inmueble ya se encuentra incluido en la lista de los predios a intervenir en la vigencia fiscal del año 2023, por lo que las actuaciones hoy rogadas por el actor ya se encuentran en programación, lo que redundaría en la carencia actual de objeto.

- **Ausencia de transgresión de los derechos colectivos:** destacó que en materia de acciones populares no es posible esgrimir apreciaciones subjetivas con miras a que el juez explore si se están vulnerando o no los derechos colectivos; especialmente en este caso que el accionante no acreditó la relación de causalidad que pudiera existir entre la presunta

afectación del interés colectivo y la acción u omisión del municipio de Manizales, lo que lleva a exonerar de toda responsabilidad a la entidad.

- **Genérica.**

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 29 de junio de 2023 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si se encuentra demostrada la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado debido a que el municipio de Manizales incluyó el Centro de Integración Ciudadana CIC del barrio Aranjuez en la lista de predios a intervenir para la vigencia fiscal del año 2023; y si en el proceso está demostrada la vulneración a los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda formulada en contra del municipio de Manizales.

En primer momento indicó, en relación con la carencia de objeto, que de acuerdo al material probatorio se concluía que no se podían tener por superadas las acciones y omisiones que eventualmente podían constituir una vulneración a los derechos e intereses colectivos, pues aunque en el expediente reposaba un concepto técnico emitido por la entidad, que indica que el Centro de Integración Ciudadana CIC del barrio Aranjuez sería incluido en la vigencia fiscal 2023, esto no era suficiente para declarar la carencia actual de objeto por hecho superado. Mucho más cuando lo manifestado por la entidad territorial es un supuesto a futuro e incierto.

Se adentró a estudiar el fondo del asunto, para determinar si existía vulneración a los derechos e intereses colectivos, frente a lo cual encontró que la entidad territorial no ha ejecutado ninguna acción tendiente al mantenimiento, remodelación o construcción de obras para garantizar la calidad de un bien que está bajo su custodia y administración, añadiendo que no puede pasarse por alto que al municipio le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

Con fundamento en lo anterior y los medios de prueba que reposan en el expediente, concluyó que existe una vulneración de los derechos colectivos invocados por el accionante, pues estando claro que el municipio de Manizales tiene bajo su custodia un bien para el disfrute de la comunidad, es esta entidad la que debe propender por el mantenimiento del inmueble para así garantizar la protección de los derechos e intereses colectivos. Incluso resaltó que la entidad territorial manifestó que incluirá tales obras para

la vigencia del año 2023, de manera que ella misma es consciente de la necesidad de adoptar medidas para paliar los riesgos a los que se ven enfrentados los miembros de la comunidad.

Se consignó en la parte resolutive:

*PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones “Improcedencia de la acción”, “Inexistencia de los presupuestos para incoar la acción”, “carencia de prueba que constituya la presunta vulneración de derechos colectivos”, “Carencia actual del objeto”, formuladas por el Municipio de Manizales – Caldas.*

*SEGUNDO: DECLARAR la vulneración de los derechos e intereses colectivos: al goce a un ambiente sano, al goce del espacio público, y la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la defensa del patrimonio público, a la seguridad y salubridad pública, que versa sobre las pretensiones incoadas por el señor Carlos Arturo Henao Galindo en contra del Municipio de Manizales- Caldas.*

*TERCERO: ORDENAR al Municipio de Manizales que realice las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales necesarias para la garantía de los derechos colectivos. En consecuencia, se ordena a esta entidad.*

*1. Realizar todas las gestiones presupuestales, administrativas y contractuales para ejecutar las obras y adecuaciones que requiera el CENTRO DE INTEGRACION CIUDADANA CIC del barrio ARANJUEZ tendientes, por lo menos, a la instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo, instalación de una capa anti deslizante en la cancha, instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas, mejoramiento de la calidad de iluminación, instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas del vecindario, trazado e instalación de la cancha de voleibol y demás acciones de mantenimiento que requiera el escenario deportivo que propendan por el goce pleno por parte de la comunidad. Todo lo anterior se desarrollará en el término de seis (06) meses contados a partir de la notificación de esta providencia.*

*2. Realizar mantenimiento periódico del CENTRO DE INTEGRACION CIUDADANA CIC del barrio ARANJUEZ cada seis (06) meses contados a partir de la terminación de las obras.*

*CUARTO: ORDENAR la conformación de un Comité de Verificación para el cumplimiento de la sentencia, el cual estará integrado por el personero o personera del Municipio de Manizales -Caldas, el accionante y un (a) delegado (a) del Municipio de Manizales -Caldas.*

*Para todos los efectos, se nombra a la Personería del Municipio de Manizales -Caldas, como la entidad encargada de velar por el derecho o interés colectivo y será la entidad que liderará el Comité de Verificación, para lo cual convocará periódicamente*

*con el fin de realizar las reuniones de seguimiento e informará al Despacho los resultados de las mismas.*

*QUINTO: Sin costas, por lo brevemente expuesto.*

*(...).*

### **FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

**MUNICIPIO DE MANIZALES:** presentó recurso de alzada contra la providencia de primera instancia, según documento que en el expediente digital se identifica con el #22.

Manifestó que la inconformidad con el fallo se centraba en los ordinales segundo y tercero.

En relación con el ordinal segundo, resaltó que el municipio no ha vulnerado derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano; al goce del espacio público, y la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la defensa del patrimonio público; y a la seguridad y salubridad pública, ya que se presenta una carencia de prueba; resaltando la carga que tiene el demandante de acreditar los hechos, acciones y omisiones que constituyen la causa de amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se reclama.

Frente al ordinal tercero, refutó el término de 6 meses otorgado por el juez para realizar las gestiones administrativas, presupuestales y contractuales necesarias para la ejecución de las obras, pues, aunque el municipio sí está en disposición de ejecutarlas, el plazo concedido no es viable dado que se requiere: i) establecer el plan de trabajo para la asignación de recursos para la ejecución de las obras, lo cual se realiza en el primer trimestre del año. (ii) todo el proceso precontractual demora alrededor de 3 meses, por lo que, a la fecha no es viable para la administración iniciar un proceso de contratación que posiblemente no pueda finalizar en la presente anualidad.

Por lo anterior, solicitó se modifique el plazo para ejecutar las obras durante el segundo semestre de la vigencia 2024, teniendo en cuenta que además hay cambio de administración y durante el primer trimestre se elabora el plan de gobierno.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Ni la parte demandante ni la parte demandada presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Judicial mediante concepto nro. 36-2023 solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

Comenzó por analizar la naturaleza de la acción popular y su procedencia para la protección de los derechos e intereses colectivos, y seguidamente el material probatorio del cual concluyó que existe vulneración de los derechos colectivos al goce a un ambiente sano; al goce del espacio público, y la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la defensa del patrimonio público; a la seguridad y salubridad públicas; debido a las actuales condiciones del Centro de Integración CIC del barrio Aranjuez de la ciudad, y al evidenciarse que es necesaria la intervención de estos bienes públicos, a través de la instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo, instalación de una capa anti deslizante en la cancha, instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas, mejoramiento de la calidad de iluminación, instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas del vecindario, trazado e instalación de la cancha de voleibol.

En cuanto a las órdenes impartidas en la decisión que es materia de revisión, consideró que son las medidas más ajustadas a la finalidad de la acción popular y que constituyen la mejor forma de proteger los derechos colectivos de esta comunidad.

En tal sentido, precisó que en el caso bajo estudio se reunían los presupuestos para la prosperidad de la acción popular y se estructuraban los elementos para declarar la responsabilidad de la entidad municipio de Manizales, por la vulneración de los derechos colectivos; así mismo, concurrían los presupuestos para impartir las órdenes tendientes a la protección de los derechos de la colectividad, las cuales deben ser cumplidas por la entidad accionada en el marco de sus competencias constitucionales y legales, posición que se encuentra sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y se ajusta a las reglas definidas por el Consejo de Estado sobre la naturaleza y finalidad de la acción popular.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la *litis*.

#### **Problema Jurídico**

1. ¿Se demostró la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano; al goce del espacio público, y la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la defensa del patrimonio público; a la seguridad y salubridad pública; por parte del municipio de Manizales debido a la falta de mantenimiento al Centro de Integración Ciudadana del barrio Aranjuez?
2. ¿Es procedente modificar el plazo para apropiar los recursos, contratar y ejecutar las obras que se requieren para mejorar la infraestructura del Centro de Integración Ciudadana del barrio Aranjuez?

Lo probado en el proceso

- El accionante presentó el 8 de noviembre de 2016 un derecho de petición al Ministerio del Interior en el cual indicó lo siguiente:

Yo Carlos Arturo Henao Galindo, identificado CC. 10.239.984 De Manizales como aparece al pie de la firma, residente en la dirección Calle 4b N° 35-15 en la ciudad de Manizales con teléfono 3117424149 / 8785960, en ejercicio del Derecho de Petición consagrado en el art. 23 de la Constitución Política de Colombia y con el lleno de los requisitos del art.5 del Código Contencioso Administrativo, respetuosamente me dirijo a su despacho, con fundamento en los siguientes:

I. HECHOS

El desarrollo del proyecto Centros de Integración Ciudadana como un Programa del MINISTERIO DEL INTERIOR en convenio interadministrativo con la alcaldía de Manizales en la pasada administración (Hoy nuestro Ministro de Transporte Dr. Jorge Eduardo Rojas) para la construcción del Centros de Integración Ciudadana-CIC en el Barrio Aranjuez, con el objetivo de promover actividades que permitan disminuir los índices de violencia.

Los CIC son una herramienta para tratar el comportamiento individual y colectivo y contribuir con la construcción de la ciudadanía, la legitimidad institucional, la seguridad y la participación ciudadana, para lograr una mejor calidad de vida a través de actividades pedagógicas, lúdicas, culturales y deportivas.

Con una inversión de 683 Millones en una obra majestuosa por sus características. Infraestructura deportiva que en su construcción no tuvieron en cuenta aspectos que han afectado el desarrollo deportivo y por ende el objetivo para el cual fue construido.

- 1) En época de lluvia debemos interrumpir los eventos, se deben cancelar programaciones, no se puede realizar ningún evento quedando así por el suelo el Objeto para el cual se construyó magnífica obra. Se inunda la cancha.
- 2) Cuando no hay lluvia el piso es muy liso y pone en riesgo la integridad física del deportista, ya hemos acumulado lesiones.
- 3) Los tableros de baloncestos totalmente anti técnicos.
- 4) La iluminación es deficiente.
- 5) En el deporte del microfútbol durante los juegos los balones llegan hasta las casas ocasionando daños.
- 6) El deporte del Voleibol quedo desplazado de esta bella Obra.
- 7) Nos corresponde programar premiaciones y partidos en otros escenarios.

Nuestro Barrio es satélite deportiva de Manizales y caldas, como deportista estuve haciendo seguimiento desde su inicio a la construcción hacía observaciones a los ingenieros, al interventor respecto todos estos temas.

Como consecuencia de todos estos problemas de infraestructura, se han identificado los impactos de diversa índole, sociales, culturales y económicos y no se han definido las correspondientes medidas de solución, a las que tiene derecho la población afectada como es el Objeto del Ministerio del Interior en la construcción de los Centros de Integración Ciudadana.

(...)

III. PETICION

Por lo anteriormente expuesto solicitamos sea se realicen las correcciones necesarias del CIC Centro de Integración Ciudadana de Aranjuez:

- 1) Instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo.
- 2) Instalación de una capa anti deslizante en la cancha.
- 3) Instalación de Tableros de Baloncesto que cumplan las normas técnicas...
- 4) Mejoramiento de la calidad de iluminación.
- 5) Instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas...
- 6) Trazado e instalación de la cancha de Voleibol.

Solo Trabajando con Calidad alcanzamos la Excelencia.

Adjunto de manera Cronológica Fotos de la Obra CIC Centro de Integración Ciudadana

Cordialmente,



Carlos Arturo Henao Galindo.  
C.c. 10.239.984 de Manizales  
Cel. 3117424149  
[Panelo516@yahoo.es](mailto:Panelo516@yahoo.es)



- Oficio SOPM-3243-GP-16 del 20 de diciembre de 2016 suscrito por el secretario del Deporte y profesional universitario de la secretaría de Obras Públicas, dirigido al Ministerio del Interior a través del cual informaron:

SOPM-3243-GP-16

Manizales, 20 de diciembre de 2016

Señores  
Ministerio del Interior  
Bogotá

Asunto: CIC Aranjuez - Manizales

Como complemento a la información dada por el municipio de Manizales a la supervisión del Mininterior respecto a las inquietudes presentadas por el Sr. Carlos Arturo Henao Galindo relacionadas con el CIC del Barrio Aranjuez a dicho Ministerio, se informa lo siguiente:

Inquietud 1: Instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo.

El CIC fue construido y recibido por el Mininterior de acuerdo con el diseño arquitectónico que dicha entidad dispuso para este tipo de infraestructura en todo el país. La modificación de techos correspondería a un cambio de los diseños del Mininterior, la cual debería ser revisada y aprobada por el mencionado Ministerio, y en caso de que esa modificación fuera aprobada debería ser estudiada por el Municipio de Manizales a través de la Secretaría del Deporte como dependencia encargada de los escenarios deportivos en la ciudad, para lo cual también evaluaría y estudiaría las gestiones para contar con los recursos económicos para poder adelantar dichas modificaciones.

Inquietud 2. Instalación de una capa antideslizante en la cancha.  
Inquietud 3. Instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas.  
Inquietud 5. Instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas.

*[Firma]*

**Manizales**  
N° 100 Oportunidades

Obras  
Públicas

Inquietud 6. Trazado e instalación de la cancha de voleibol.

Como ya se mencionó, esta obra fue construida de acuerdo con los diseños del Mininterior, y dadas las solicitudes de instalación presentadas, estas deben ser estudiadas por el Municipio de Manizales a través de la Secretaría del Deporte como dependencia encargada de los escenarios deportivos en la ciudad, para lo cual también evaluaría y estudiaría las gestiones para contar con los recursos económicos para poder adelantar dichas modificaciones.

Inquietud 4. Mejoramiento de la calidad de iluminación.

Esta solicitud será revisada por la Secretaría del Deporte en coordinación con la empresa Invama encargada del alumbrado público en la ciudad, con el fin de revisar las posibles acciones a realizar al respecto.

Por lo anterior, el Municipio de Manizales queda atento a las definiciones y aprobaciones que presente el Mininterior respecto a las solicitudes planteadas por el Sr. Henao para modificar el CIC de Aranjuez.

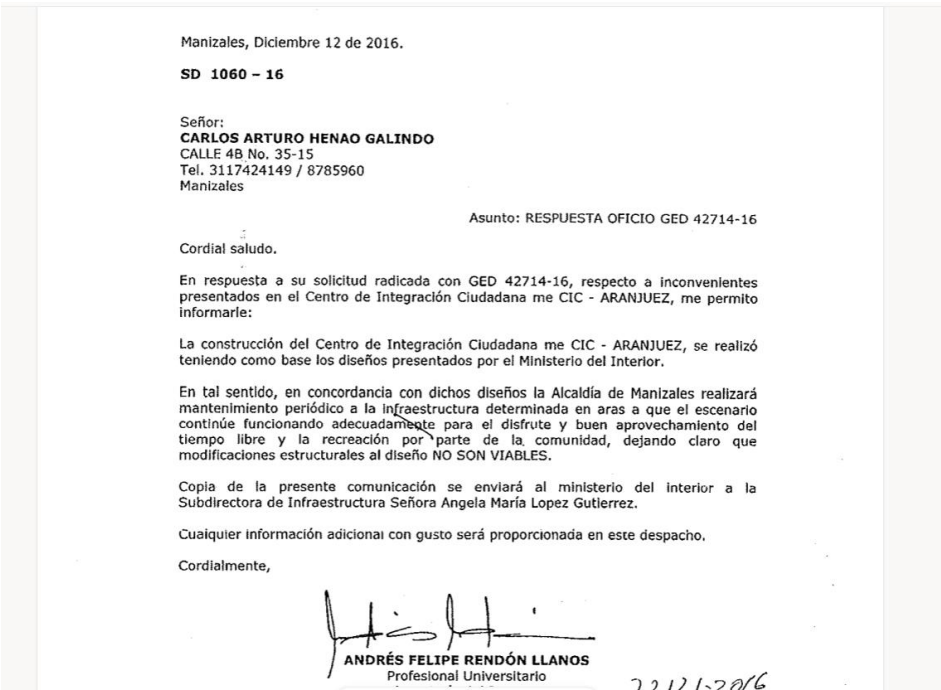
Atentamente,

*[Firma]*  
MARTIN EMILIO RAMIREZ CARDONA  
Secretario de Despacho  
Secretaría del Deporte

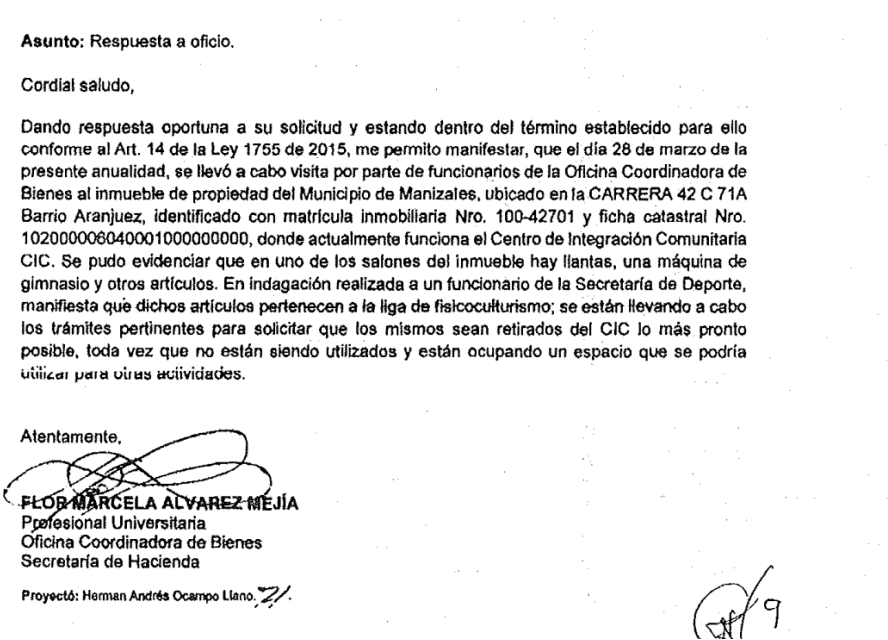
*[Firma]*  
JUAN ALBERTO ZULUAGA MUÑOZ.  
Profesional Universitario  
Secretaría de Obras Públicas

Copia: Carlos Arturo Henao Galindo. Cel: 3117424149. Barrio Aranjuez

- Oficio SD-1060-16 del 12 de diciembre de 2016, dirigido al accionante y firmado por el secretario del deporte, en el cual se plasmó:



- Oficio SH OB 245-22 del 30 de marzo de 2022 dirigido al accionante y suscrito por la profesional universitaria de la oficina coordinadora de bienes de la secretaría de Hacienda a través del cual manifestaron:



- Oficio SH OB 731-22 del 29 de agosto de 2022, dirigido al demandante y suscrito por la profesional universitaria de la oficina coordinadora de bienes de la secretaría de Hacienda en el cual se consignó:

Alcaldía de Manizales

SH OB 731 - 22  
Manizales, Agosto 29 de 2022

Señor:  
**Carlos Arturo Henao Galindo**  
Calle 73 N° 40 – B 51 Aranjuez  
Panelo516@yahoo.es  
Celular: 3112488941

Cordial Saludo,

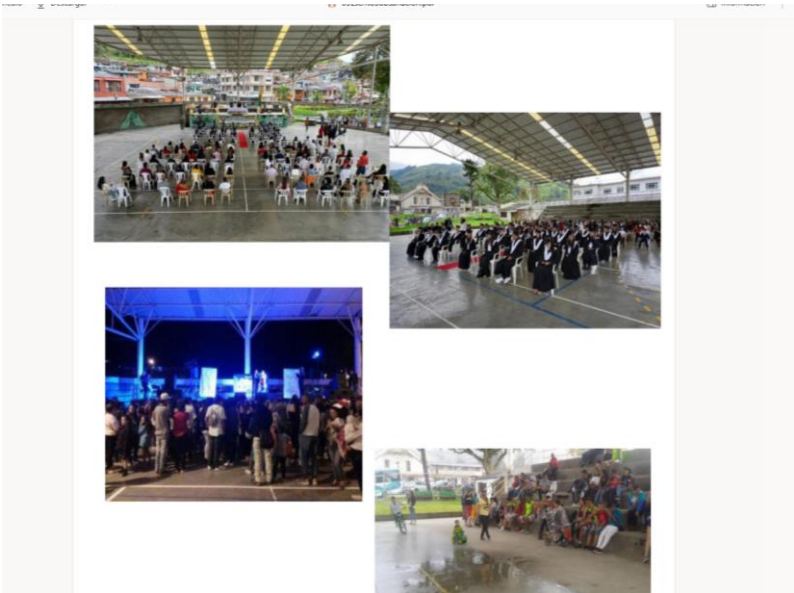
Dando respuesta oportuna a la solicitud radicada en esta dependencia, a la cual le correspondió el GED 55759 – 22 y conforme al Art. 14 de la Ley 1755 de 2015, me permito informarle:

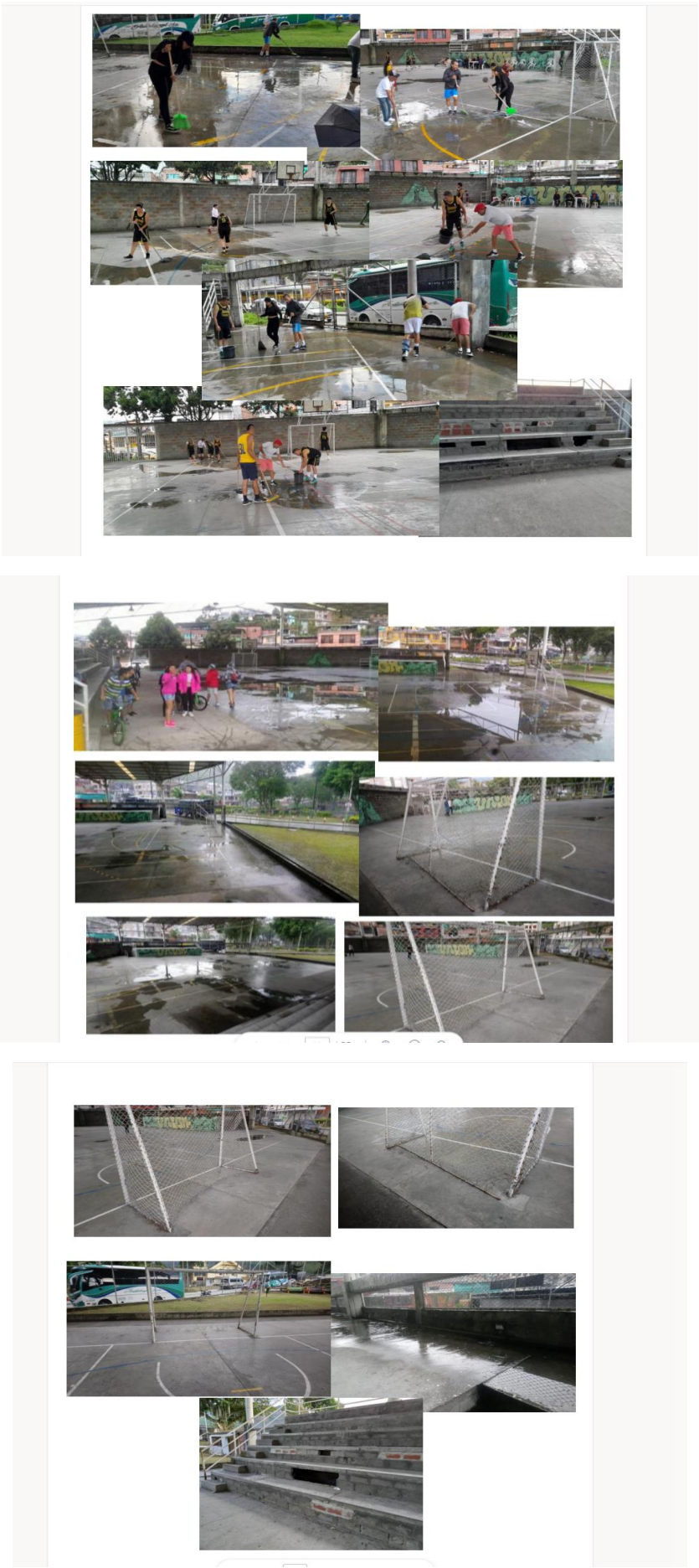
Que para la debida reparación y adecuación del Centro de Integración Ciudadana (CIC) ubicado en el barrio Aranjuez de la ciudad de Manizales, se procedió a incluirla en la lista de los predios a intervenir para la vigencia fiscal del año 2023, lo anterior atendiendo a que la Administración Municipal ha venido realizando tales intervenciones de acuerdo a la disponibilidad presupuestal, la cual se encuentra copada para la presente anualidad.

En los anteriores términos dejamos contestada la solicitud incoada.

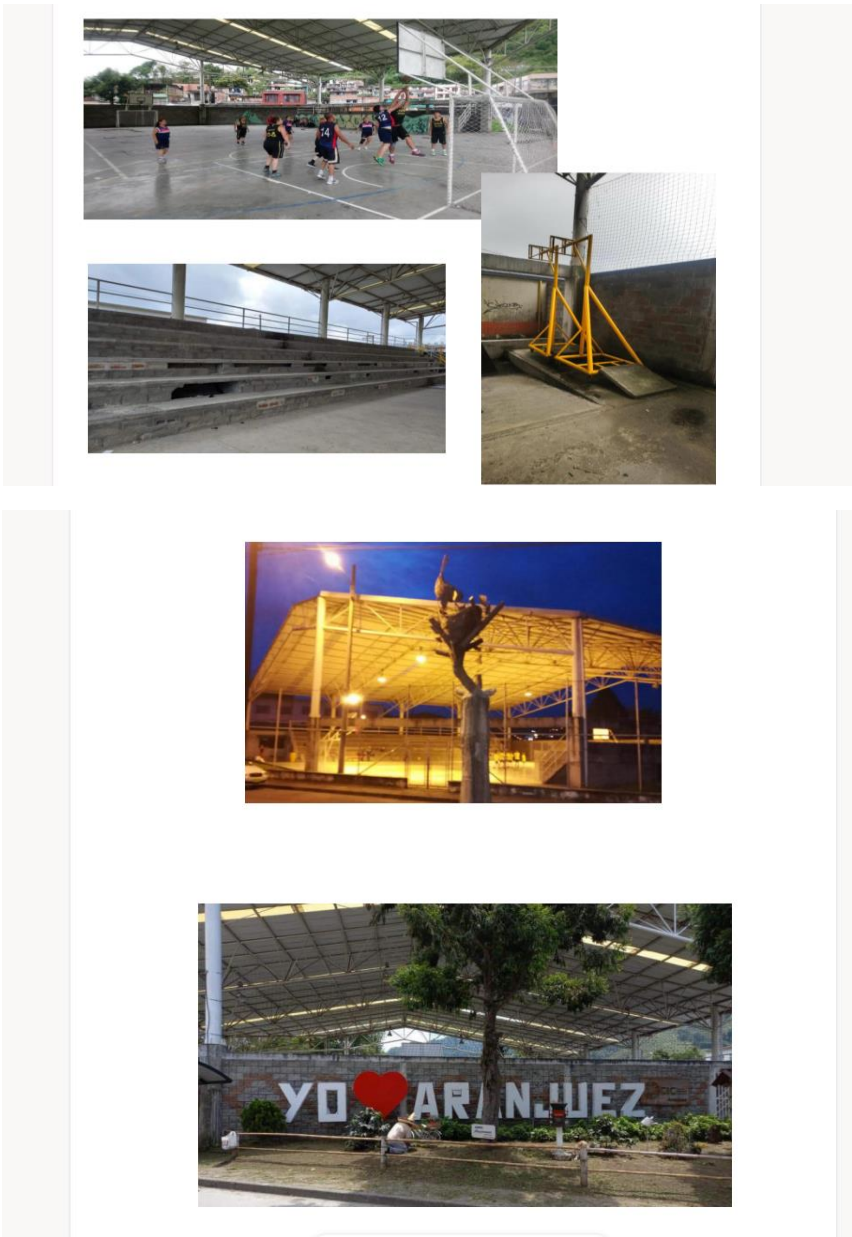
Atentamente,  
  
**FLOR MARCELA ALVAREZ MEJÍA**  
Profesional Universitaria  
Oficina Coordinadora de Bienes  
Secretaría de Hacienda

- Se anexaron a la demanda una serie de fotografías que dan cuenta del uso que se le da por parte la comunidad al Centro de Integración Ciudadana de Aranjuez, así como del estado del mismo. se extraen solamente algunas de las imágenes que reposan en el archivo #05 del expediente de primera instancia:









**Primer problema jurídico**

¿Se demostró la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano; al goce del espacio público, y la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la defensa del patrimonio público; a la seguridad y salubridad pública; por parte del municipio de Manizales debido a la falta de mantenimiento al Coliseo CIC Centro de Integración Ciudadana del barrio Aranjuez?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis que en este caso quedó demostrada la falta de mantenimiento a las instalaciones del Centro de Integración Ciudadana de Aranjuez lo que denota la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización

**y defensa de los bienes de uso público, y a la defensa del patrimonio público; pero no de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, y a la seguridad y salubridad pública.**

En la sentencia de primera instancia se declaró que el municipio de Manizales estaba vulnerando los derechos colectivos al goce de un ambiente sano; al goce del espacio público, y a la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la defensa del patrimonio público; y a la seguridad y salubridad pública.

Para proteger los mismos se le ordenó al municipio que dentro del término de 6 meses, contados a partir de la notificación de la sentencia, realizara todas las gestiones presupuestales, administrativas y contractuales para ejecutar las obras y adecuaciones que requiriera el Centro de Integración Ciudadana CIC, por lo menos, instalación de una capa anti deslizante en la cancha, instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas, mejoramiento de la calidad de iluminación, instalación de mallas que impidieran que los balones llegaran a las casas del vecindario, trazado e instalación de la cancha de voleibol y demás acciones de mantenimiento que requiriera el escenario deportivo que propendiera por el goce pleno por parte de la comunidad.

El municipio de Manizales apeló el fallo, y, en síntesis, argumentó que no se probó la vulneración de derechos colectivos, siendo esta una carga procesal de la parte demandante. Aunado a que refuta el tiempo otorgado para dar cumplimiento a la orden del juez, ya que no se puede garantizar que en 6 meses se logre la apropiación presupuestal y la realización de la obra.

Adentrándose al fondo del asunto, y sobre este medio de control, el artículo 88 de la Constitución Política dispone en su inciso primero:

*La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

El artículo reproducido fue desarrollado por la referida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2 estableció que las acciones populares “Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”; que “Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer

*cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.*

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que *“Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”*; acción que, a voces del artículo citado, *“Podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”*.

De acuerdo a lo anterior, se tienen como elementos necesarios para la procedencia de la acción popular los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos e intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

En el presente caso se invocaron como vulnerados los derechos colectivos a:

*ARTÍCULO 4. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*

*(...)*

*a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*

(...)

*d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;*

*e) La defensa del patrimonio público;*

(...)

*f) La seguridad y salubridad públicas;*

(...)

**PARAGRAFO.** *Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*

Respecto a estos derechos colectivos invocados por la demandante, se contextualiza lo siguiente:

El goce de un ambiente sano se entiende como un derecho que involucra aspectos atinentes al manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales; la protección de la diversidad biológica y cultural; el desarrollo sostenible; y la calidad de vida. De esta manera lo explica el Consejo de Estado<sup>1</sup>:

*Asimismo, la Corte Constitucional en cuanto a la categorización del medio ambiente sano como derecho colectivo, ha expresado lo siguiente:*

*"[...] La Constitución clasifica el medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos (C.P. art. 79), los cuales son objeto de protección judicial directa por vía de las acciones populares (C.P. art. 88). La ubicación del medio ambiente en esa categoría de derechos, lo ha dicho la Corte, resulta particularmente importante, "ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de 'tercera generación', sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer", toda vez que "[l]a humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho [...]"60.*

*De lo anterior se advierte que la defensa del medio ambiente constituye un objetivo primordial dentro del Estado Social de Derecho, ya que constituye el contexto vital del ser humano,*

---

<sup>1</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00713-01(AP)



*indispensable para la supervivencia de las generaciones presentes y futuras. En efecto, todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a gozar de un ambiente sano, lo que genera, por un lado, el deber de velar por su conservación, y por el otro, el derecho de participar en las decisiones que puedan afectarlo. Igualmente, al Estado se le imponen cargas para lograr su protección, como lo son prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer sanciones legales por conductas lesivas al ambiente y exigir la reparación de los daños causados.*

Respecto al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; el Consejo de Estado<sup>2</sup> ha explicado y precisado lo siguiente:

***a. El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público***

*En relación con este derecho la Corporación ha explicado<sup>3</sup>:*

*“[...] Para identificar el núcleo de este derecho colectivo, la Corporación ha acudido, principalmente, a la definición de espacio público que el legislador consignó en el artículo 5 de la ley 9 de 1989, al entenderlo como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, (sic) individuales de los habitantes”.*

*Sobre la base de la anterior definición, en el inciso segundo de la misma norma se señaló que: “constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan,*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López; Bogotá, DC, catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020); Radicación: 73 001 23 33 000 2015 00627 01

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2018. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente radicación nro. 20001 23 31 000 2010 00478 01.

*por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo". (se resalta)*

En cuanto a la defensa del patrimonio público se cita sentencia del 12 de abril de 2022 de la Subsección A de la Sección Tercera en la cual se explicó<sup>4</sup>:

*Esta Corporación ha sostenido<sup>15</sup> que la noción de patrimonio público como derecho colectivo no sólo comprende los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables del Estado colombiano junto con los que integran el territorio -de acuerdo con los artículos 63 y 101 de la Constitución Política-, sino que también abarca todos aquellos bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es titular, y que se destinan al cumplimiento de las funciones que le asigna el ordenamiento. La protección de todos estos recursos y elementos busca que los mismos sean administrados en forma eficiente, transparente y responsable, bajo las reglas previstas por la ley, especialmente en las normas presupuestales. Desde esa línea, se tiene que la regulación legal de la defensa del patrimonio público busca la salvaguarda normativa de los intereses colectivos, que prevalecen justamente por traducirse en el "interés general" protegido por la Constitución Política. Es en virtud de ello que el indicado amparo jurídico del patrimonio público, como derecho colectivo, se encamina a que el conjunto de bienes del Estado esté destinado adecuadamente a la finalidad que se les ha señalado y se administre bajo criterios de eficacia y rectitud<sup>16</sup>, lo que implica perseguir no solamente la transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos, sino también la utilización de los mecanismos respectivos de acuerdo con su objeto y, en especial, con los fines del Estado. Por ello, se parte de la base de que todo indebido manejo de tales recursos por parte de la Administración o por el particular que legalmente se encuentre a cargo de los mismos es violatorio del patrimonio público, ya sea porque el uso o destinación de los bienes se hicieron de manera negligente o ineficiente, o porque se destinaron a conceptos no previstos expresamente en la respectiva norma regulatoria, eventos en los cuales la protección del indicado derecho colectivo es procedente por la vía de la acción popular. Así, en suma, bajo estos criterios se ha concluido que "la defensa del patrimonio público estudia dos elementos, i) la existencia de un bien o conjunto de bienes de propiedad del Estado, y, ii) el análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente, pone en peligro el interés colectivo"<sup>17</sup>, y que en todo caso, sin perjuicio de ello, en el análisis que le corresponde hacer al juez popular, "no solo interesará la comprobación de la conducta descuidada, negligente o imperita, sino que además, que se afecte el núcleo de ese derecho, aspecto que reside en la realización de los fines del Estado"<sup>18</sup>. La jurisprudencia también tiene por establecido la particular asociación que existe entre la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, dado que en forma recurrente la lesión del primero de tales derechos se materializa con la afectación del segundo, y porque siendo la*

<sup>4</sup> Sección Tercera Subsección A Consejera ponente: María Adriana Marín Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022). Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00501-01 (65711) (AP)

*moralidad administrativa un derecho colectivo cuyo contenido suele referir o comunicar otros bienes jurídicos, el más frecuente de estos es el patrimonio público, a tal punto que “en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público”<sup>19</sup>. En ese sentido, se ha señalado<sup>20</sup>: Esta Corporación, dada la estrecha relación entre la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público, ha reconocido su íntima relación, pues el correcto y adecuado manejo de los bienes y dineros públicos constituye una expresión de la moral administrativa en el marco de una ética pública, que busca asegurar, a través de un eficiente manejo, la adecuada protección de esos derechos.*

Sobre la seguridad y salubridad pública<sup>5</sup>, el Máximo Tribunal Administrativo ha precisado:

*66. Ahora bien, la relevancia del derecho colectivo a la seguridad y salubridad pública ha sido analizada por la Sección Primera de esta Corporación<sup>48</sup> en los siguientes términos: “[...] La trascendencia social de los conceptos de seguridad y salubridad pública y del derecho colectivo que fundamentan ha llevado a esta Sala de Decisión a sostener que: “(...) constituyen las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria.”<sup>49</sup> Por ende, dada la amplitud de su radio de acción, como ha sido subrayado por esta Corporación, el derecho colectivo a la salubridad pública “se puede garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública”<sup>50</sup>. En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva [...]”.*

*67. En tal escenario, de la recopilación jurisprudencial en referencia la Sala resalta que: i), no existe distinción entre los conceptos de “salud pública” y “salubridad pública” de hecho se han entendido como sinónimos; ii) este derecho colectivo se*

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 18001-23-31-000-2011-00222-01(AP)

*encuentra íntimamente relacionado con la conservación del orden público y la garantía del bienestar de la comunidad; iii) esto mediante la adopción de medidas tendientes a evitar su alteración.*

La parte actora afirmó en la demanda que la comunidad no puede disfrutar y usar el Centro de Integración Ciudadana de Aranjuez, lugar destinado para realizar eventos deportivos, culturales, lúdicos, entre otros, porque este presenta deficiencias en su estructura derivadas de la falta de mantenimiento, lo cual se ve reflejado en la necesidad de instalación de techos; capa anti deslizante en la cancha; instalación de tableros de baloncesto; mejoramiento de la iluminación; instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas; trazado e instalación de la cancha de voleibol; entre otras.

De conformidad con concepto emitido por la asesora jurídica externa de la secretaría del Deporte y el secretario del Deporte del municipio, los CIC se definen como "*Predios de uso público que permiten que desde las diferentes secretarías se realicen actividades culturales, deportivas, talleres, aeróbicos y demás*".

Ello denota que son instalaciones que disfruta la comunidad en general, en las cuales se pueden llevar a cabo diferentes actividades, tal como lo relató el actor popular.

Al revisar el material probatorio, especialmente el fotográfico y fílmico aportado con la demanda, se advierte que el centro de integración efectivamente presenta un deterioro, pues se evidencia de las imágenes que las canchas se inundan en momentos en que se presentan lluvias; que las mallas de las porterías de fútbol se encuentran en mal estado; que hay huecos en las graderías; que las canchas de baloncesto están arrumadas; lo que ocasiona que no se cumpla con el objeto para el cual fue construido el inmueble.

En la sentencia de primera instancia se protegieron los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, y a la seguridad y salubridad pública; sin embargo, desde la perspectiva de estos dos derechos, de acuerdo a lo explicado en líneas anteriores, no se considera que el municipio de Manizales esté vulnerando los mismos por la falta de mantenimiento del CIC, ya que no se probó dentro del proceso alguna situación anómala que se relacione con el medio ambiente; y tampoco se acreditaron situaciones de riesgo, de accidentes, o de salubridad por la ausencia de algunas mejoras en el inmueble objeto de esta acción popular, pese a que así se afirmó en la demanda, ya que no se allegó material probatorio al respecto.

Lo que sí comparte esta Sala es la acreditación de la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y a la defensa del patrimonio público, ya que es claro que la comunidad está en imposibilidad de disfrutar en su totalidad y con plenas garantías las instalaciones de la CIC, en atención a las deficiencias que a nivel estructural, estético y funcional se están presentando por la falta de mantenimiento, las cuales además no fueron negadas por el ente territorial.

De acuerdo a concepto técnico aportado con la contestación de la demanda, el CIC del barrio Aranjuez se encuentra bajo la custodia y cuidado de la oficina de bienes adscrita a la secretaría de Hacienda del municipio de Manizales; dependencia que, se informó, previa visita técnica, sería la encargada de dar trámite a las pretensiones del actor popular a través de la articulación con la secretaría de Obras Públicas.

Así mismo, al momento de pronunciarse sobre derecho de petición presentado por el demandante, se indicó que para la debida adecuación y reparación del Centro de Integración Ciudadana ubicado en el barrio Aranjuez de la ciudad de Manizales se procedió a incluirla en el listado de predios a intervenir para la vigencia fiscal del año 2023, atendiendo que la administración municipal ha venido realizando reparaciones y mantenimientos de los demás CIC'S que por su premura y riesgo inminente se han tenido que intervenir, entre los cuales se encuentra el CIC del kilómetro 41, CIC del barrio San Sebastián, CIC del barrio Samaria, agotando con ello la disponibilidad presupuestal vigencia 2022 e informándole al actor popular que en lo concerniente al CIC del barrio Aranjuez, se procedería a incorporarlo dentro de las intervenciones a desarrollar para la vigencia 2023.

Ello también significa que el municipio acepta, al incluir al CIC de Aranjuez dentro de los predios a intervenir para la vigencia 2023, la responsabilidad que tiene sobre el mismo y la necesidad de la realización de las obras mencionadas por el actor popular.

Por lo anterior, aunque se comparte que está acreditada la falta de mantenimiento del CIC del barrio Aranjuez por parte del municipio de Manizales, no se encuentra que ello conlleve la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, y a la seguridad y salubridad pública, sino únicamente a la afectación de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y a la defensa del patrimonio público.

**Segundo problema jurídico**

¿Es procedente modificar el plazo para ejecutar las obras pertinentes para mejorar la infraestructura del Coliseo CIC Centro de Integración Ciudadana del barrio Aranjuez?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que efectivamente se hace necesario ampliar el plazo para adelantar las obras ordenadas en la sentencia de primera instancia, en consideración al principio presupuestal de anualidad, teniendo en cuenta lo avanzado del año 2023, y al cambio de administración municipal.**

En la sentencia de primera instancia se otorgó un plazo de 6 meses, contados a partir de la notificación de la providencia, para desarrollar todas las gestiones presupuestales, administrativas y contractuales para ejecutar las obras y adecuaciones que requiera el Centro de Integración Ciudadana CIC del barrio Aranjuez, enlistando algunas de ellas en el fallo. Así como realizar mantenimiento periódico al CIC cada 6 meses, contados a partir de la terminación de las obras.

En el recurso de apelación afirma el ente territorial que está en disposición de ejecutar las obras, pero que el plazo otorgado no es viable porque se requiere establecer el plan de trabajo para la asignación de recursos para la ejecución de las obras, lo cual se realiza en el primer trimestre del año; aunado a que el proceso precontractual demora alrededor de 3 meses, por lo que a la fecha no es viable para la administración iniciar un proceso de contratación que posiblemente no puede finalizar en la presente anualidad. Y solicitó se modifique el plazo para ejecutar las obras durante el segundo semestre de la vigencia 2024, teniendo en cuenta además que hay cambio de administración.

Al analizar los argumentos expuestos por la parte demandada, entiende esta Sala las razones que expone el municipio a nivel presupuestal para indicar que el plazo de 6 meses otorgado en la sentencia de primera instancia comenzaría a correr en el presente año, en el cual el presupuesto ya se está ejecutando, lo que podría afectar el principio presupuestal de anualidad; sumado a que efectivamente este año se realizan elecciones a nivel territorial, lo que genera un cambio de administración.

Por lo anterior, se considera acertado ampliar el plazo para realizar todas las gestiones presupuestales, administrativas y contractuales para ejecutar las obras y adecuaciones que requiera el Centro de Integración Ciudadana CIC del barrio Aranjuez a nueve (9) meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, con la advertencia que se deberá

acreditar ante el *a quo* que los recursos quedarían apropiados este año, para poder ejecutarse en el año 2024.

### Conclusiones

En el presente proceso se acreditó la falta de mantenimiento a las instalaciones del CIC ubicado en el barrio Aranjuez, lo que para esta Sala denota la vulneración de derechos colectivos, pero únicamente al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, por lo que la sentencia de primera instancia será modificada en su ordinal segundo.

Y se modificará el numeral uno del ordinal tercero de la providencia de primera instancia, en el sentido que el municipio de Manizales tendrá un plazo de nueve (9) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para realizar todas las gestiones presupuestales, administrativas y contractuales para ejecutar las obras y adecuaciones que requiera el Centro de Integración Ciudadana CIC del barrio Aranjuez tendientes, por lo menos, a la instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo, instalación de una capa anti deslizante en la cancha, instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas, mejoramiento de la calidad de iluminación, instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas del vecindario, trazado e instalación de la cancha de voleibol y demás acciones de mantenimiento que requiera el escenario deportivo que propendan por el goce pleno por parte de la comunidad; con la advertencia que se deberá acreditar ante el *a quo* que los recursos quedarían apropiados este año, para poder ejecutarse en el año 2024.

En lo demás, la sentencia de primera instancia será confirmada.

### Costas

Acorde con lo previsto en los artículos 38<sup>6</sup> de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso, y en atención al criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión nro. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019<sup>7</sup>, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la

---

<sup>6</sup> “ARTÍCULO 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, no se condenará a este rubro toda vez que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA 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 SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de junio de 2023, dentro del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por **CARLOS ARTURO HENAO GIRALDO** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, el cual quedará así:

***DECLARAR** la vulneración de los derechos e intereses colectivos: al goce del espacio público y a la defensa del patrimonio público que versa sobre las pretensiones incoadas por el señor Carlos Arturo Henao Galindo en contra del Municipio de Manizales- Caldas.*

**SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL UNO DEL ORDINAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de junio de 2023, el cual quedará así:

*1. Realizar todas las gestiones presupuestales, administrativas y contractuales para ejecutar las obras y adecuaciones que requiera el **CENTRO DE INTEGRACION CIUDADANA CIC** del barrio **ARANJUEZ** tendientes, por lo menos, a la instalación de techos que impidan la inundación del escenario deportivo, instalación de una capa anti deslizante en la cancha, instalación de tableros de baloncesto que cumplan las normas técnicas, mejoramiento de la calidad de iluminación, instalación de mallas que impidan que los balones lleguen a las casas del vecindario, trazado e instalación de la cancha de voleibol y demás acciones de mantenimiento que requiera el escenario deportivo que propendan por el goce pleno por parte de la comunidad.*

*Todo lo anterior se desarrollará en el término de nueve (09) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.*

**TERCERO: CONFIRMAR** en los demás el fallo de primera instancia.

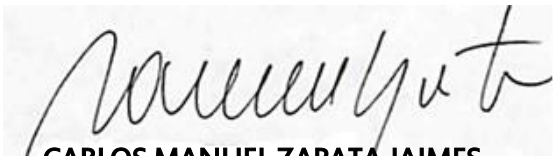
**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia, según lo indicado en la parte motiva.



**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**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023, conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

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

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ALVARO ÁVILA QUIÑONEZ** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; circunstancia que considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas, proceso ingresado a este Despacho el 17/08/2023.

**ANTECEDENTES**

Con libelo presentado el 22/06/2023, Ávila Quiñonez, solicitó se declare la nulidad de los actos administrativos mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación.

**EL IMPEDIMENTO**

El 02 de agosto de 2023, la Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales declaró su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, comoquiera que tendría interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en su calidad de Juez de la República tiene un pleito pendiente por el mismo asunto aquí debatido, además que la situación de hecho que se ventila en el sub judice embarga tanto a jueces como a fiscales

Es por lo anterior que se ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Caldas, a efectos de que se resuelva lo pertinente.

**CONSIDERACIONES**

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones puede sentirse

condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha expresado que:

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”<sup>1</sup>.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 130 de la Ley 1437/11, las causales de impedimento señalan en el artículo 141 del Código General del Proceso, son aplicables a los Jueces y Magistrados. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código general del Proceso señala:

**“Artículo 141. ...**

...

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

...

Con respecto a la causal en mención, puede decirse con certeza que, el interés debe ser concreto derivado de la actuación con respecto a la cual el operador judicial declara su impedimento, además que afecte la propia esfera subjetiva del impedido o de sus parientes, descartando de ello el interés académico que se pueda tener sobre el asunto.

Estudiado el expediente conjuntamente con la causal alegada, la Sala encuentra fundado el impedimento manifestado, por cuanto el régimen de los Jueces establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, les asiste un interés indirecto en los resultados del proceso.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997<sup>2</sup> del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES QUINCE (15) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y TREINTA**

---

<sup>1</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

<sup>2</sup> “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

(9:30 AM), diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

### RESUELVE

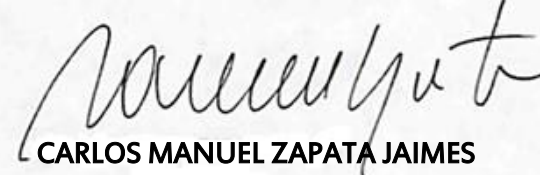
**PRIMERO: ACÉPTASE** la declaración de IMPEDIMENTO manifestado por la Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **ALVARO ÁVILA QUIÑONEZ** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

**SEGUNDO: FÍJASE** como fecha y hora para el sorteo de conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES QUINCE (15) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y TREINTA (9:30 AM)**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

**TERCERO: COMUNÍQUESE** el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

### NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 31 de agosto de 2023, conforme acta nro. 049 de la misma fecha.

  
**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente

  
**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                                                       |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17-001-33-33-003-2022-00139-02                                                                                        |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                |
| ACCIONANTE       | CLARA MARÍA OSSA MOSQUERA                                                                                             |
| ACCIONADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM- 436 del 22 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de

este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

### **HECHOS**

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 10 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Constitución Política, artículos 13 y 53; Ley 91 de 1989, artículo 5 y 15; Ley 50 de 1990, artículo 99; Ley 1955 de 2019, artículo 57; Ley 52 de 1975, artículo 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, artículo 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3;



Decreto 1582 de 1998, artículos 1 y 2.

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** sobre los hechos de la demanda indicó que, unos no eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que, en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de

apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resaltó que el Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** conforme a la constancia secretarial del juzgado la entidad departamental guardó silencio.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una

situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés, que dispone *“equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”* declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que la jurisprudencia citada por la parte actora, sentencia SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

Al descender al caso concreto relacionó los hechos probados para concluir que se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negó las pretensiones de la demanda al encontrarse probada de oficio la excepción que el despacho denominó cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Se plasmó en la parte resolutive:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda invocadas por **CLARA MARIA – OSSA MOSQUERA**, en contra de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** de oficio la prosperidad de la excepción que este despacho denomina, cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C-928 de 2006.

**TERCERO:** Sin condena en costas por lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO:** Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

**QUINTO:** En firme la sentencia, archivar el expediente, previa anotación en la base de datos del despacho y en el programa siglo XXI

**SEXTO: NOTIFICAR** la presente sentencia conforme lo consagran los artículos 203 y 205 del CPACA (modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021) y artículo 8 de la Ley 2213 de 2022.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #17 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso

primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que, en este último, el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 04, dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

**Problema jurídico**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Lo probado**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.261.481e intereses a las cesantías por \$652.876, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 10 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM- 436 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de nómina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por el demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**PRIMER PROBLEMA JURÍDICO**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el**

reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

### Marco normativo

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

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

(...)

### **3. CESANTÍAS:**

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

**B.** *Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resaltado de la Sala).*

La Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al

---

<sup>1</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006



*servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.*

El Decreto 3752 de 2003<sup>2</sup>, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

**ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

**ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.** Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

---

<sup>2</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

**ARTÍCULO 9º. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.*

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

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

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

**ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES.** *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de*

*Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

**ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*(...)*

*Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades*

*Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...".*

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

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

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995<sup>3</sup> hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup> consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006<sup>6</sup>, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

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

<sup>3</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

<sup>4</sup> “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”.

<sup>5</sup> 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)

<sup>6</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

fallos de 20 de enero<sup>7</sup>, 3 de marzo<sup>8</sup> y 19 de mayo de 2022<sup>9</sup>, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

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

|                                                       |                                              |
|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| <b>Trabajador<br/>beneficiario de<br/>Ley 50/1990</b> | <b>Docente cobijado por la<br/>Ley 91/89</b> |
|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------|

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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 1989<sup>10</sup>.

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

<sup>10</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso



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

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

### **Conclusión**

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

### **Costas**

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas, toda vez que no existió actuación de la parte demandada en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **CLRA MARÍA OSSA MOSQUERA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                                                       |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17-001-33-33-003-2022-00152-02                                                                                        |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                |
| ACCIONANTE       | PAULA ANDREA OSPINA HINCAPIÉ                                                                                          |
| ACCIONADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM- 727 del 12 de octubre de 2021, mediante el cual se negó la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

### **HECHOS**

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

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

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Conforme la constancia de la secretaria del juzgado ninguna de las entidades accionadas contestó la demanda.

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés, que dispone *“equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”* declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que la jurisprudencia citada por la parte actora, sentencia SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

Al descender al caso concreto relacionó los hechos probados para concluir que se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negó las pretensiones de la demanda al encontrarse probada de oficio la excepción que el despacho denominó cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Se plasmó en la parte resolutive:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda invocadas por **Paula Andrea Ospina Hincapié**, en contra de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** de oficio la prosperidad de la excepción que este despacho denomina, cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

**TERCERO: Sin** condena en costas por lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO:** Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

**QUINTO:** En firme la sentencia, archivar el expediente, previa anotación en la base de datos del despacho y en el programa Justicia XXI

**SEXTO: NOTIFICAR** la presente sentencia conforme lo consagran los artículos 203 y 205 del CPACA (modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021) y artículo 8 de la Ley 2213 de 2022.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #16 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente



radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso primero del artículo 5° del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 05, dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, el FNPSM se pronunció en los siguientes términos:

1. La ley 50 de 1990 es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FNPSM quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Las cesantías de los docentes afiliados al FNPSM 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 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 FNPSM.

3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FNPSM.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FNPSM son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimidad por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FNPSM la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación “intereses a las cesantías” debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FNPSM se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como “que el mismo elija”, es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FNPSM, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Finalmente solicita se confirme el fallo de primera instancia mediante el cual se niegan las pretensiones de la actora.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

#### **Problema jurídico**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

#### **Lo probado**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$7.535.250 e intereses a las cesantías por \$1.786.912, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 29 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM- 727 del 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de nómina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por el demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

#### **PRIMER PROBLEMA JURÍDICO**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo**

99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

### Marco normativo

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

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

*(...)*

### **3. CESANTÍAS:**

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

***B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resaltado de la Sala).***

La Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, 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 2003<sup>2</sup>, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

**ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.*

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

---

<sup>1</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>2</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

**ARTÍCULO 9º. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.*

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

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

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

**ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES.** *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

**ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

(...)

*Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el*



***fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...".***

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

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

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

***1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin***

*perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995<sup>3</sup> hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup> consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006<sup>6</sup>, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990

<sup>3</sup> "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

<sup>4</sup> "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".

<sup>5</sup> 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)

<sup>6</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero<sup>7</sup>, 3 de marzo<sup>8</sup> y 19 de mayo de 2022<sup>9</sup>, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

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

|                                                       |                                              |
|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| <b>Trabajador<br/>beneficiario de<br/>Ley 50/1990</b> | <b>Docente cobijado por la<br/>Ley 91/89</b> |
|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------|

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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 1989<sup>10</sup>.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago

<sup>10</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen*

*tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

### **Conclusión**

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

### **Costas**

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, atendiendo que la sentencia de primera instancia será confirmada, y que por la interposición del recurso de apelación la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

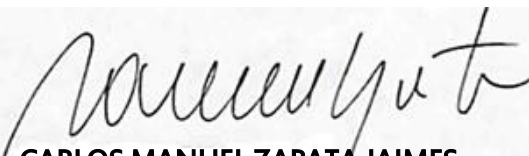
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **PAULA ANDREA OSPINA HINCAPIÉ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                                                       |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17-001-33-33-003-2022-00235-02                                                                                        |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                |
| ACCIONANTE       | JULIANA GALEANO ZULUAGA                                                                                               |
| ACCIONADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, mediante el cual se negó la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:



1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de

este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

### **HECHOS**

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 24 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Constitución Política, artículos 13 y 53; Ley 91 de 1989, artículo 5 y 15; Ley 50 de 1990, artículo 99; Ley 1955 de 2019, artículo 57; Ley 52 de 1975, artículo 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, artículo 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3;

Decreto 1582 de 1998, artículos 1 y 2.

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que, en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de

apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resaltó que el Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** conforme a la constancia secretarial del juzgado la entidad departamental guardó silencio.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una

situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés, que dispone *“equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”* declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que la jurisprudencia citada por la parte actora, sentencia SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

Al descender al caso concreto relacionó los hechos probados para concluir que se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negó las pretensiones de la demanda al encontrarse probada de oficio la excepción que el despacho denominó cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Se plasmó en la parte resolutive:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda invocadas por **JULIANA GALEANO ZULUAGA**, en contra de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** de oficio la prosperidad de la excepción que este despacho denomina, cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C-928 de 2006.

**TERCERO:** Sin condena en costas por lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO:** Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

**QUINTO:** En firme la sentencia, archivar el expediente, previa anotación en la base de datos del despacho y en el programa siglo XXI

**SEXTO: NOTIFICAR** la presente sentencia conforme lo consagran los artículos 203 y 205 del CPACA (modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021) y artículo 8 de la Ley 2213 de 2022.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #20 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso

primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 05, dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.



**Problema jurídico**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Lo probado**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$2.655.903 e intereses a las cesantías por \$258.764, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 24 de agosto de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

**PRIMER PROBLEMA JURÍDICO**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

**Marco normativo**

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

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

*(...)*

**3. CESANTÍAS:**

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

***B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resaltado de la Sala).***

La Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, 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 2003<sup>2</sup>, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se

---

<sup>1</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

<sup>2</sup> “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

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

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

**ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

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

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

**Parágrafo 1º.** *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 2º.** *Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional*

*de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

**ARTÍCULO 9º. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.*

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

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

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

**ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES.** *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del*

*Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

**ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*  
(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 "*Por el cual se establece el procedimiento*

*para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:*

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

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

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995<sup>3</sup> hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup> consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006<sup>6</sup>, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero<sup>7</sup>, 3 de marzo<sup>8</sup> y 19 de mayo de 2022<sup>9</sup>, sin embargo, precisa esta Sala,

<sup>3</sup> “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

<sup>4</sup> “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”.

<sup>5</sup> 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)

<sup>6</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

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

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



|                                                                                                                         |                                                                                                          |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i><br><i>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000</i> | <i>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989<sup>10</sup>.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago

<sup>10</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen*

*tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

### **Conclusión**

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por el demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

### **Costas**

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de las partes en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

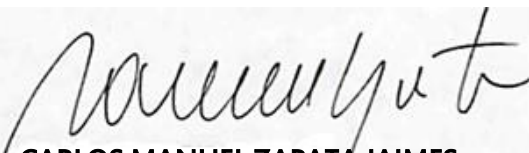
**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JULIANA GALEANO ZULUAGA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

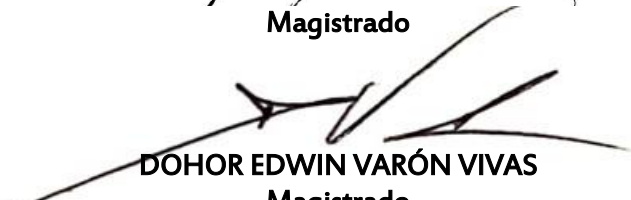
Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b><br/><b>ESTADO ELECTRÓNICO</b></p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                           |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17001-33-39-005-2019-00231-02                                                             |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                    |
| DEMANDANTE       | ELIZABETH DUQUE LÓPEZ                                                                     |
| DEMANDADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el día 13 de diciembre de 2022.

**PRETENSIONES**

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 3859-6 del 2 de julio de 2019, frente a petición presentada el 24/04/2019, en cuanto negó el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación a la actora a la edad de 55 años.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada, es decir, a partir del 6 de octubre de 2018.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico, es decir, a partir del 6 de octubre de 2018.
2. Que se ordene a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA.

3. Condenar a la demanda a los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.
4. Condenar al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA.
7. Condenar en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

### **HECHOS**

- La demandante nació el 6 de octubre de 1963, por lo que en la actualidad tiene 55 años de edad.
- La actora fue vinculada como empleada pública en la Dirección Territorial de Salud de Caldas entre el 1/06/1995 al 4/06/2002, es decir, 7 años y 5 días.
- La señora Duque López fue vinculada a la docencia oficial desde el 13 de julio de 2006, y hasta la fecha se desempeña como educadora.
- Al cumplir los requisitos de edad (55 años) y tiempo de servicios (20 años) solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, la cual le fue negada mediante el acto administrativo demandado.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Artículo 1 de la Ley 33 de 1985; numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; artículo 115 de la Ley 115 de 1993; artículo 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

Aseguró que le debe ser reconocida una pensión de jubilación, compatible con el salario que percibe como educadora, porque los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 tienen

derecho a que se les apliquen las normas anteriores a la expedición de esta disposición por mandato de la Ley 91 de 1989, es decir, la Ley 33 de 1985 como servidores públicos; y si se trataba de docentes con aportes al sector privado, la Ley 71 de 1988; tema que ya ha sido analizado por el Consejo de Estado.

Que la demandante se encuentra vinculada con anterioridad al 23 de junio de 2003, y a partir de ese momento se entiende que cumple con el requisito del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, ya que la norma al utilizar la expresión “docentes vinculados” lo que quiso fue proteger las situaciones de los educadores que tuvieran tiempo de servicio anterior al año 2003, como es el caso de la accionante, así el mismo no fuera como docente, ya que la transición de la norma mencionada lo identifica como 20 años de servicios en el sector oficial.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** no contestó la demanda.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2022 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar, cuál era el régimen pensional aplicable a la demandante, teniendo en cuenta que su última vinculación al servicio de la docencia fue el 13 de julio de 2006; y si le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus pensional, en la forma prevista en la Ley 33 de 1985.

Comenzó por analizar el régimen pensional de los docentes, Ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Ley 1151 de 2007, y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, para concluir que el caso se debía estudiar bajo la órbita de dos variantes atendiendo la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de 2003, ya que si la vinculación como docente había sido anterior a esta fecha el régimen pensional aplicable era el de las disposiciones anteriores (Ley 33 de 1985); y si la vinculación había sido posterior, el régimen pensional era el de prima media con prestación definida regulado por la Ley 100 de 1993.

Al revisar el material probatorio encontró acreditado que la demandante se vinculó como docente en el año 2006, es decir, en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo que permitía concluir que en su caso le era aplicable el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, sin que fuera factible admitir que la sola vinculación al servicio oficial era válida para quedar inmersa en la transición del artículo 81 de la norma del año 2003, ya que le requisito era que esa vinculación fuera como docente.

Se plasmó en la parte resolutive:

*PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.*

*SEGUNDO: SIN CONDENA en costas, conforme a lo considerado.*

*(...)*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible en el archivo #23 del expediente digital.

Precisó que para determinar el régimen pensional docente aplicable, de conformidad con la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, se debe tener en cuenta únicamente la fecha de vinculación al servicio oficial, ya que si el maestro se vinculó antes del 27 de junio de 2003 se aplicará el régimen vigente a su posesión, es decir, conforme a la Ley 91 de 1989 lo serían la Ley 33 y 62 de 1985, la Ley 6 de 1945 y el Decreto 3135 de 1968, según sea el caso; y si se vinculó de manera posterior, el régimen es el establecido en la Ley 100 de 1993.

Manifestó que la actividad de la actora siempre ha sido como empleada pública y como docente oficial por más de 20 años, es decir, que cumple con los requisitos exigidos en la Ley 812 de 2003 para ser merecedora de la pensión de jubilación a los 55 años de edad, conforme a la Ley 33 de 1985.

Que de conformidad con la Ley 33 de 1985 está demostrado que la docente nació el 6 de octubre de 1963, por lo que en la actualidad tiene más de 55 años de edad; y que ha laborado por más de 20 años en entidades públicas, sumando el tiempo en la Dirección Territorial de Salud de Caldas por espacio de 7 años y 5 días, y en la secretaría de Educación



departamental desde el 9 de junio de 2006, resaltando que, aunque los tiempos laborados antes del 26 de junio de 2003 no fueron como docente, sí lo son como empleado público, y que los mismos son válidos para quedar inmersa en la transición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

En cuanto a la compatibilidad entre la mesada pensional y el salario, luego de citar el Decreto 224 de 1972, el Decreto 2279 de 1979, el artículo 128 de la Constitución Política y la Ley 4 de 1992, concluyó que el ejercicio de la docencia oficial se encuentra excluido de la prohibición de devengar salario y percibir pensión de jubilación.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y ordenar a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme a lo ordenado en la Ley 33 de 1985, en cuantía correspondiente al 75% del salario promedio percibido durante el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, ni la parte demandante ni la demandada presentaron escrito pronunciándose sobre el recurso de apelación, lo que sí hizo el señor Procurador Judicial a través de concepto #22-2023, mediante el cual solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

Lo anterior, al considerar que no le asiste razón a la parte demandante en el recurso de apelación cuando alega que ingresó al servicio público con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y que, por tal motivo, el régimen que le resulta aplicable para el reconocimiento pensional era el previsto en la Ley 33 de 1985; toda vez que al haberse vinculado la señora Elizabeth Duque López al servicio docente el 13 de julio de 2006, esto es, en fecha posterior al 27 de junio de 2003, le aplicaba la segunda parte del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma según la cual los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la mencionada ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y 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 las mujeres, tal como lo estableció el Consejo de Estado en sentencia de unificación.

#### **CONSIDERACIONES**

Como no se observa alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

### **Problemas jurídicos**

1. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Elizabeth Duque López?
2. ¿Tiene derecho la señora Elizabeth Duque López a que se le reconozca una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985?

### **Lo probado en el proceso**

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, la señora Elizabeth Duque López nació el 6 de octubre de 1963.
- Reposa Resolución nro. 1253 del 24 de mayo de 1995, mediante la cual el Director Seccional de Salud de Caldas nombró a la señora Duque López en el cargo de secretaria de la Dirección Seccional de Salud de Caldas.
- Según el formato único para la expedición de historia laboral emitido por la secretaría de Educación del departamento de Caldas el 27 de junio de 2018, la demandante fue nombrada mediante Decreto 0657 del 9 de junio de 2006 para laborar en el Centro Educativo Ocuza, comenzando el 13 de julio de 2006. En este documento aparece marcada con una "equis" la casilla "si" referente a "activa", sin consignarse fecha de finalización de labores.
- Reposa acta de posesión nro. 1110 del 13 de julio de 2006, en la cual se indica que la actora tomó posesión del cargo de docente en el área de básica primaria, con nombramiento en periodo de prueba.
- Reposa acta de posesión nro. 290 del 23 de marzo de 2007, en la cual se indica que la actora tomó posesión del cargo docente en el área de básica primaria, con nombramiento en propiedad.
- A través de Resolución nro. 3859-6 del 2 de julio de 2019 se negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a la demandante.

### **Primer problema jurídico**

¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Elizabeth Duque López?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que la situación pensional del demandante se rige por la Ley 100 de 1993, ya que no reporta vinculaciones como docente anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003, pues su nombramiento como educadora se produjo en el año 2006.**

Al revisar el material probatorio, está acreditado que la accionante tuvo una vinculación con la Dirección Seccional de Salud de Caldas en el año 1995; y luego fue nombrada como docente, posesionándose el 13 de julio de 2006.

Se afirma en la demanda que, ese panorama laboral le da derecho a que se le reconozca una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, en atención a que reporta vinculaciones anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003, lo que denota que le es aplicable la Ley 91 de 1989, y de paso las normas vigentes para los educadores vinculados antes del 31 de diciembre de 1989.

Frente al tema del régimen pensional aplicable a los docentes, la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentó jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en aplicación de las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, relativa al IBL de acuerdo a los regímenes existentes para los educadores; y en esa misma medida desarrolló los parámetros a tener en cuenta para los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

De conformidad con esta providencia, para determinar cuál es el régimen pensional aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>1</sup> que reguló dos eventos:

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, quienes en virtud de la Ley 91 de 1989, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional, previsto en la Ley 33 de 1985 con los factores salariales establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

---

<sup>1</sup> “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media 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.

Por su parte, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.*** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*2. Pensiones: [...]*

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de*

***ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)***

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019<sup>2</sup>, indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup>”*.

De acuerdo a la tesis de la parte actora y lo decidido por la administración en el acto enjuiciado, está en discusión el régimen pensional aplicable a la demandante en su condición de docente oficial, esto es, si se rige por las Leyes 33 de 1985; o si, por tratarse de una docente vinculada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, su situación pensional se rige por la Ley 100 de 1993.

Para el caso concreto, la demandante fue nombrada en periodo de prueba como docente en el año 2006. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993 y no la Ley 33 de 1985.

Pero en la demanda se afirma que como estaba vinculada como servidora pública antes del 26 de junio de 2003 en la Dirección Seccional de Salud de Caldas, este periodo es válido para quedar inmersa en la transición de la Ley 812 de 2003, y por lo tanto no puede el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desconocer el tiempo de servicios que le permite ser beneficiaria de las normas emitidas antes de la Ley 100 de 1993, y se hace alusión al reconocimiento de la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985.

La Sala se distancia de esta interpretación porque para acudir al régimen pensional de la Ley 33 de 1985, en aplicación del régimen de transición de la Ley 812 de 2003, la persona debía tener la calidad de docente antes de la expedición de esta última norma, lo cual no acaece en este caso, pues la actora se encontraba laborando en la Dirección Seccional de

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

<sup>3</sup> Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

<sup>4</sup> Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

Caldas como secretaria, es decir, no tenía la calidad de educadora, hecho que denota que no le es aplicable la Ley 91 de 1989, ya que esta únicamente beneficia al sector docente.

Lo anterior, encuentra respaldo en sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A del 3 de noviembre de 2022 emitida dentro del proceso con radicado 68001-23-33-000-2019-00482-01 (3412-2021) en la cual se explicó:

*Así pues, en atención a lo dispuesto taxativamente en la Ley 812 de 2003 y la interpretación dada en la sentencia de unificación tantas veces mencionada, la condición de docente estatal debe estar acreditada antes de la entrada en vigor de la norma ibidem, «pues en atención a la data a partir de la cual se asuma dicha calidad se podrá realizar el análisis pensional adecuado con motivo de la excepcionalidad que se predica de esta clase de servidores públicos».*<sup>5</sup>

*En ese orden, quedó demostrado dentro del proceso que la vinculación del actor ocurrida entre el 6 de julio de 1989 y el 3 de enero de 2000 no fue como docente oficial, sino como servidor público vinculado a la Gobernación de Santander, razón por la cual no le es aplicable la Ley 91 de 1989, ni tampoco la Ley 33 de 1985. Así pues, comoquiera que el régimen prestacional del que pretende beneficiarse el actor está dirigido a los docentes, no podría acudirse a una vinculación con carácter diferente para tratar de acreditar los requisitos del referido régimen, pues «esta distinción obedece a sus servicios como educador» únicamente.*<sup>6</sup>

*Dicho de otra forma, la Sala observa que el demandante ingresó a laborar en la Gobernación de Santander el 6 de julio de 1989 para desempeñar el empleo de recaudador de rentas III, luego esa vinculación no le sirve para acreditar el requisito señalado en la Ley 812 de 2003 y en la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, pues no fungió como docente, ya que ingresó por primera vez al sistema especial de la docencia estatal hasta julio de 2005.*

*Así las cosas, las afirmaciones realizadas en el recurso de apelación carecen de sustento, pues de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 no podría deducirse válidamente que se exigiera solo la vinculación al servicio público, en cualquier entidad o cargo, con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma para beneficiarse del régimen prestacional de los docentes establecido en la Ley 91 de 1989, pues la norma es clara al requerir la «vinculación efectiva como docente oficial».*

*No obstante, comoquiera que la Ley 100 de 1993 «no despojó a los docentes de la posibilidad de acudir a otros regímenes*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2022, radicado 63001 23 33 000 2018 00183 01 (4650-2019), M.P. William Hernández Gómez.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de agosto de 2019, radicado 76001 23 31 000 2011 01517 01 (4192-2017), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*anteriores» siempre que le resultaran más favorables<sup>7</sup> corresponde analizar si, en gracia de discusión, el accionante logró acreditar los requisitos que le permiten beneficiarse de la transición de que trata el artículo 36 ibidem.*

*Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial, esto es, el 30 de junio de 1995, el demandante llevaba 5 años, 11 meses y 24 días de servicios, y tenía 37 años de edad, motivo por el cual, no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la norma ibidem. En tal sentido, tampoco le asistiría razón a su pretensión de reconocimiento del derecho pensional con aplicación del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985, pues esta norma solo sería aplicable para quienes se encontraban cobijados por la transición, requisito que no cumple.*

*De suerte que el señor Belarmino Monsalve Suárez en calidad de docente oficial, no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación con base en lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, por lo que se impone confirmar la decisión de primera instancia.*

Se concluye que no es válido afirmar que un docente con una vinculación al servicio público, en cualquier entidad o cargo, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es beneficiario del régimen prestacional de los docentes establecido en la Ley 91 de 1989, esto es, tener derecho a que le sea reconocida una pensión de jubilación bajo la Ley 33 de 1985.

Sin embargo, advirtió el Máximo Tribunal Administrativo en la sentencia reproducida, que en casos como este la Ley 100 de 1993 no despojó a los docentes de la posibilidad de acudir a otros regímenes anteriores siempre que le resultaran más favorables, por lo que se analizará si, en gracia de discusión, se acreditaban los requisitos que le permitirían beneficiarse de la transición de que trata el artículo 36 *ibidem*, norma en la que quedan incluidos quienes al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

La Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 1º de abril de 1994 para el caso de empleados del orden nacional; y el 30 de junio de 1995 en el caso de empleados del orden territorial. Será esta última fecha la que se revisará para verificar el cumplimiento de los requisitos mencionados, teniendo en cuenta que para esa data la actora laboraba en la Dirección Seccional de Salud de Caldas.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de septiembre de 2021, 63001 23 33 000 2018 00229 01(5290-19), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Para el 30 de junio de 1995 la accionante tenía 31 años de edad, ya que nació el 6 de octubre de 1963; y aunque no reposa certificado que dé cuenta del tiempo laborado en la Dirección Seccional de Salud de Caldas, en la demanda se consignó que fueron 7 años y 5 días, comenzando el 1 de junio de 1995, sin que se informe de otro tiempo de servicios que deba tenerse en cuenta; lo que permite inferir que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no se demostró que cumpliera los requisitos para quedar inmersa en la transición que consagró esta norma en su artículo 36.

Así las cosas, no le asiste razón a la parte accionante cuando reclama el reconocimiento de una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, ya que antes de la Ley 812 de 2003 no se encontraba vinculada como docente, lo que lleva a confirmar la sentencia de primera instancia.

### **Conclusiones**

Al no tener la señora Elizabeth Duque López vinculaciones anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003 como docente sino como servidora pública ya que laboró en la Dirección Seccional de Salud de Caldas, no le es aplicable la Ley 91 de 1989 ni la Ley 33 de 1985.

Sumado a lo anterior, no demostró cumplir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para quedar inmersa en el régimen de transición establecido en esa norma, en aras de verificar si su pensión se podía reconocer con base en la Ley 33 de 1985.

Lo anterior, lleva a confirmar la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de diciembre de 2022.

### **Costas**

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas toda vez que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

Por lo discurrido, **La sala primera de decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 13 de diciembre de 2022 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ELIZABETH DUQUE LÓPEZ** contra **LA**



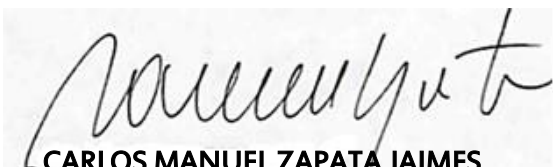
**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

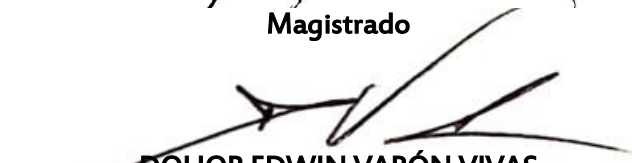
Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS<br/>ESTADO ELECTRÓNICO</p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                        |
|------------------|----------------------------------------|
| RADICADO         | 17001-33-39-006-2020-00062-02          |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| DEMANDANTE       | GLORIA LALINDE CORTES                  |
| DEMANDADO        | DEPARTAMENTO DE CALDAS                 |

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandada, Departamento de Caldas contra el fallo que accedió parcialmente a las pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de septiembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo 0599/19 UJ-SED en el cual se negó el reconocimiento del tiempo de servicio que laboró la señora Gloria Lalinde, para efectos de pensión de jubilación.
2. Que se declare que la actora y la entidad demandada, existió una relación laboral, durante el tiempo que duró contratado por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y/o contrato de prestación de servicios.
3. Que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicio, para efectos de pensión de jubilación, desde el mismo momento de su vinculación con este ente territorial hasta la fecha de la suscripción del último contrato, por haber laborado con esta entidad territorial, bajo continua dependencia y subordinación como docente oficial.

A título de restablecimiento:

1. Que se ordene el envío de las cotizaciones para efectos pensionales al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por los periodos

reconocidos en los numerales primero y segundo.

2. Ordenar a la entidad territorial que, sobre los aportes pensionales aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia.
3. Que se ordene a la entidad territorial dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.
4. Que se expida el certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios, a nombre de la señora Gloria Lalinde, relacionando los tiempos laborados que son objeto de reclamación.

### **HECHOS**

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- La señora Gloria Lalinde Cortes laboró como docente por contrato de prestación de servicios a cargo de los municipios del departamento de Caldas, con la siguiente distribución:
  - Autorización Nro. 379 con duración de 9 meses.
  - Contrato Hermanas Dominicas de la Presentación con duración de 15 meses 9 días.
  - Contrato Colegio Integrado Nacional Oriente de Caldas con duración de 9 meses 18 días.
  - Autorización Nro. 467 con duración de 10 meses
  - Contrato Colegio Integrado Nacional Oriente de Caldas con duración de 8 meses 27 días.
  - Autorización Nro. 649 con duración de 10 meses.
  - Autorización Nro. 911 con duración de 4 meses.
  - Contrato Hermanas Dominicas de la Presentación con duración de 7 meses 15 días.
- Denunció que el tiempo laborado con dicho "ente territorial", no se le reconoció para efectos pensionales, lo cual considera va en contravía de los artículos 12, 13 y 53 de la Constitución Política.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El departamento de Caldas presentó respuesta en forma extemporánea.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, una vez resumidos los hechos de la demanda, planteó como problemas jurídicos, si entre la señora Gloria Lalinde y el departamento de Caldas se configuraron la totalidad de elementos que pueden dar lugar a la declaratoria de una relación laboral y, si a la actora le asiste derecho al reconocimiento del tiempo de servicio para efectos pensionales; y por último, si se configura la prescripción del derecho reclamado.

En primer momento analizó las pruebas que reposan en el expediente, y seguidamente se pronunció sobre la excepción de "Falta de legitimación en la causa por pasiva"; la cual encontró no probada conforme el material probatorio presentado con la demanda.

Del material probatorio destacó los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora con el Departamento de Caldas, estos, a través de las autorizaciones nros. 379, 467, 649 y 911 y consideró que se demuestra la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, a saber, la prestación personal del servicio y la remuneración; y sobre el elemento de la subordinación observó que la ejecución de su actividad docente implicó la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia, pues la señora Gloria Lalinde debía cumplir con horarios y parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación; así las cosas adujo la procedencia del reconocimiento de una relación laboral, siendo aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades".

Concluyó respecto a los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y el Colegio Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación que, toda vez que, esta última, es una institución de carácter privado, era procedente el decreto de la nulidad parcial del acto administrativo demandado, en cuanto le negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas.

En consecuencia, indicó que el pago de los aportes de la actora durante la vigencia de la vinculación laboral entre el Departamento de Caldas y la señora Gloria Lalinde corresponde hacerlo al fondo en el cual la actora tenga sus aportes de pensión, toda vez que la demandante no cumple con los requisitos previos de Ley para que sus aportes

fuesen entregados al Fondo de prestaciones sociales del magisterio.

Finalmente, respecto a la prescripción manifestó que en atención a la condición periódica del derecho pensional, se hace imprescriptible y se exceptúa de la caducidad del medio de control.

Así las cosas, se plasmó en la parte resolutive del fallo:

*“PRIMERO: DECLÁRASE NO PROBADA la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral”, y “Prescripción” en relación a las autorizaciones Nros. 379, 467, 649 y 911 propuestas por el Departamento de Caldas.*

*PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de “No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral” en relación a los contratos suscritos con Colegio Dominicas de la Presentación, propuesta por el Departamento de Caldas, por lo considerado*

*SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial del acto administrativo 0599/19 UJSED del 22 de agosto de 2019, por la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, negó el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales y negó la existencia de una relación laboral y en su lugar DECLÁRASE la existencia del contrato realidad entre la señora GLORIA LALINDE CORTES y el Departamento de Caldas en virtud de las autorizaciones Nros. 379, 467, 649 y 911 y el vínculo que se dio entre el demandante (sic) y el Departamento de Caldas.*

*TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE al DEPARTAMENTO DE CALDAS a liquidar y pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión a favor de la señora GLORIA LALINDE CORTES en el porcentaje que le corresponda por ley al empleador, tomando el ingreso como base de cotización (IBC) pensional de la demandante dentro de los periodos efectivamente laborados por prestación de servicios mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizando al respectivo fondo de pensiones (exceptuando al FOMAG) la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. el (sic) actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía.*

*CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones, por lo manifestado en la parte motiva de esta providencia*

*QUINTO: ORDÉNASE a la entidad demandada INDEXAR las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia*

*SEXTO: ORDÉNASE a la entidad demandada dar cumplimiento al*

*presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.,  
previniéndose a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso  
segundo de la citada disposición normativa.*

*SÉPTIMO: SIN COSTAS por lo considerado”*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El departamento de Caldas indicó que las condiciones en las que se ejecutó el contrato de prestación de servicios cumplieron con las directrices normativas, atendiendo a la necesidad del servicio y por el tiempo que era necesario; para sustentar dicha teoría esgrimió en el recurso de apelación los siguientes argumentos:

Alegó que en el caso bajo estudio, no se configura necesariamente una subordinación, si no una coordinación de actividades entre los contratistas y contratantes a fin de desarrollar de manera eficiente el objeto contractual; pues conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado, al capítulo IV de la Ley 715 de 2001 y la Ley 115 de 1994 la actividad docente se debe adecuar a ciertos parámetros sociales, psicológicos y de entorno que permitan que la educación impartida sea la correcta, razón por la cual la educación se debe ofrecer en ciertos horarios y con ciertos contenidos.

Seguidamente, destacó que se ha establecido jurisprudencialmente el deber del demandante de probar el poder de disciplina o del *ius variandi*, la imposición de reglamentos y/o las órdenes recibidas; sin embargo, la señora Gloria solo se limitó a aportar copias de las autorizaciones o contratos de prestación de servicio, sin demostrar de manera mínima el elemento de la subordinación laboral.

Manifestó que la razón fundamental que originó la contratación de docentes por medio de órdenes de prestación de servicios, fue la falta de personal docente de planta que supliera las vacancias mientras se adelantaban los respectivos concursos, de acuerdo a la ley; y que la contratación celebrada con la actora atendió a dicha circunstancia; hecho que consideró puede ser probado al estudiar las autorizaciones allegadas al proceso, toda vez que allí se indica que fueron diferentes los sitios y los motivos de presentación del servicio, lo cual expone un quebrantamiento en la continuidad del mismo.

Respecto a la pretensión de la actora de que se le reconozcan las prestaciones sociales de la época durante la cual estuvieron en vigencia los contratos suscritos con el Departamento, el ente accionado indicó que se escapa de su competencia conforme al artículo 2 del Acto Legislativo 1 del 2001, toda vez que el Sistema General de

Participaciones de los municipios, departamentos o distritos tiene la destinación específica del servicio educativo, el cual es independiente de los recursos de los entes territoriales.

Así las cosas, solicitó que se revoque la sentencia nro. 234 proferida con fecha 29 de septiembre de 2021 y se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

#### **Cuestión previa**

Conforme a la sentencia de primera instancia y al recurso de apelación solo se analizará la existencia de una relación encubierta respecto de los contratos de prestación de servicios celebrados con el Departamento de Caldas, los contratos de trabajo celebrados con el Colegio Hermanas Dominicas de la Presentación y con el Colegio Integrado Nacional Oriente de Caldas, correspondientes al periodo de tiempo comprendido entre el 01 de abril de 1995 al 29 de mayo de 1999 tal y como ocurrió en primera instancia no serán objeto de análisis por parte de esta Sala, al no ser objeto de discusión en sede de segunda instancia.

Por otra parte, únicamente se solicita en la demanda, el reconocimiento de esos tiempos para efectos pensionales, esto es, que no hay lugar a estudio sobre prescripción

#### **Problemas Jurídicos**

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto el problema jurídico en sede de segunda instancia se centra en resolver el siguiente interrogante:

**¿Se acreditaron los elementos de una relación laboral entre Gloria Lalinde Garces y el departamento de Caldas, con ocasión de los servicios docentes prestados?**

### **Marco normativo y jurisprudencial<sup>1</sup>**

#### **La primacía de la realidad sobre las formalidades**

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>2</sup>, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT<sup>3</sup> al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor*

---

<sup>1</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

<sup>2</sup> Aprobada en 1919

<sup>3</sup> Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967



*se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.*

Dicho Convenio en Colombia es 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 Constitución.

### **Elementos propios de la relación laboral**

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021<sup>4</sup> retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este<sup>5</sup>; 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<sup>6</sup>”.*

---

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

<sup>5</sup> **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».

<sup>6</sup> **Cita de cita:** Al respecto, véase entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

***“104. i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

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

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

***107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas***

*condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.*" (Subrayado y negrillas de este Tribunal).

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que: *"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."*

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes, el Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea que otrora fuere desempeñada por docentes contratados a través de ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, debe ser analizada desde una óptica más laxa, pues el ejercicio de la labor docente en institución de educación pública conllevan intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia, tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo.<sup>7</sup>

## LO PROBADO

- El 14 de agosto de 2019, la señora Gloria Lalinde presentó petición ante el Departamento de Caldas para que se declarara la existencia de una relación laboral durante el tiempo que duró contratada por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y en consecuencia le fueran reconocidos, liquidados y pagados los salarios y prestaciones sociales para el grado de escalafón ostentado por la actora durante dicha vinculación.

- El 22 de agosto de 2019, el departamento de Caldas mediante oficio 0599/19 UJ SED atendió la petición antes referida, en la cual manifestó que, para el reconocimiento de los

---

<sup>7</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

tiempos laborados y las prestaciones sociales, era necesaria una sentencia judicial que así lo declare.

- Contratos y autorizaciones de prestación de servicios allegados con la demanda de los cuales se extrae la siguiente información:

| CONTRATO                                                      | ENTIDAD QUE CONTRATÓ                            | FECHA DEL CONTRATO/ AUTORIZACIÓN | LUGAR DE TRABAJO                       | PERIODO                 | TOTAL TIEMPO       |
|---------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|----------------------------------|----------------------------------------|-------------------------|--------------------|
| Autorización de prestación de servicio nro. 911 como docente  | Secretaria de educación; Departamento de Caldas | 03 de julio de 2000              | Escuela Rural el Castillo, Pensilvania | 24 de diciembre de 2000 | 5 meses y 21 días  |
| Autorización de prestación de servicios nro. 467 como docente | Secretaria de educación; Departamento de Caldas | 29 de enero de 2001              | Escuela Rural Cartagena, Pensilvania   | 09 de diciembre de 2001 | 10 meses y 10 días |
| Autorización de prestación de servicios nro. 379 como docente | Secretaria de educación; Departamento de Caldas | 04 de febrero de 2002            | Escuela Rural Cartagena, Pensilvania   | 08 de diciembre de 2002 | 9 meses            |
| Autorización de prestación de servicios nro. 649 como docente | Secretaria de educación; Departamento de Caldas | 27 de enero de 2003              | Escuela Rural Cartagena, Pensilvania   | 30 de diciembre de 2003 | 11 meses           |

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que la actora desempeñó labores como docente en la institución educativa “Escuela Rural el Castillo” del municipio de Pensilvania, entre el 03 de julio de 2020 al 24 de diciembre de 2020, y en la institución educativa “Escuela Rural Cartagena” del municipio de Pensilvania entre: el 29 de enero de 2001 al 30 de diciembre de 2003, devengando unos honorarios por sus servicios. Ambas instituciones son del Departamento de Caldas.

Sobre los periodos anteriormente referidos, cabe señalar que las interrupciones suscitadas del 24 de diciembre de 2020 al 29 de enero de 2021; del 09 de diciembre de 2001 al 04

de febrero de 2002 y del 08 de diciembre de 2022 al 27 de enero de 2003 coinciden con los periodos vacacionales de fin de año que se fijan en todas las instituciones educativas del país, por lo que, si bien superan los 30 días hábiles<sup>8</sup> considera la Sala que en las fechas señaladas no hay solución de continuidad.

En cuanto a la subordinación, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016<sup>9</sup>, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, señaló:

*“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 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, ...*

*La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación)...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.*

*Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.*

*A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.*

---

<sup>8</sup> Según las reglas de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021

<sup>9</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

*En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.*

*Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de **un empleo de carácter permanente**...*

*En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia". (Resaltado fuera del texto)*

Por lo tanto, es claro que, el ejercicio de la labor docente oficial tiene una naturaleza dependiente y subordinada, al hallarse sometida a los horarios de funcionamiento de la institución pública, al acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente de cada institución educativa en que prestó sus servicios y ser desempeñadas en estricto ceñimiento a los criterios de instrucción impartidos por las diferentes autoridades educativas que ejercen inspección y vigilancia sobre este servicio público.

Sobre la prueba de la subordinación en el desempeño de labores docentes, el Consejo de Estado<sup>10</sup> en sentencia del 24 de febrero de 2022, al analizar un asunto similar, precisó:

*"En el caso concreto, para el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2009 y el 29 de octubre de 2009, si bien la Sala tiene presente los lineamientos de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, respecto de **lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente**, también debe señalar que dentro del expediente no obran elementos probatorios suficientes para establecer la configuración de los demás elementos de laboralidad, puesto que la parte actora únicamente aportó, para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración en dicho periodo, la resoluciones de pago por servicios (hechos probados vii y viii) que expidió la Secretaría de Educación del Atlántico por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2010; es decir, pagos o remuneraciones que claramente no abarcan el lapso del 20 de junio de 2009 al 29 de octubre de 2009". (Se resalta)*

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 24 de febrero de 2022., Rad.: 080012333000201390041-01 (4881-2014)

De acuerdo al precedente jurisprudencial expuesto, al encontrarse acreditado que la actora desempeñó labores como docente en una institución educativa del departamento de Caldas, en determinados periodos y la remuneración devengada por sus servicios, se infiere la existencia de la subordinación.

La Sala si observa que hay necesidad de hacer una aclaración en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido que los tiempos que se reconocen para pensión por parte del Departamento de Caldas van del 3 de julio de 2000 al 30 de diciembre de 2.003

#### 4. Conclusión

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por el departamento de Caldas en el recurso de apelación, por cuanto la demandante logró demostrar con certeza los elementos de la relación laboral. Corolario, la Sala confirmará la decisión apelada.

#### Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas de segunda instancia, en atención a que no hubo actuación en segunda instancia que justifique su reconocimiento.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: ACLARARE** el resuelve tercero de la sentencia del 29 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **GLORIA LALINDE GARCES** contra el **DEPARTAMENO DE CALDAS**, en el sentido que los tiempos que se reconocen para pensión por parte del Departamento de Caldas van del 3 de julio de 2000 al 30 de diciembre de 2.003

.

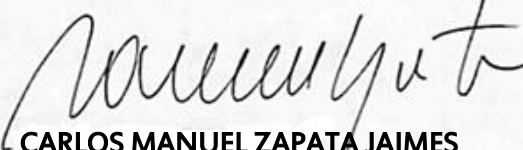
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia del 29 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **GLORIA LALINDE GARCES** contra el **DEPARTAMENO DE CALDAS**

**TERCERO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 31 de agosto de 2023, conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b><br/><b>ESTADO ELECTRÓNICO</b></p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                                                       |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17-001-33-39-006-2022-00080-02                                                                                        |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                |
| ACCIONANTE       | SANDRA MILENA SEPÚLVEDA CUERVO                                                                                        |
| ACCIONADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 14 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo NOM-344 del 8 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de

este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

### **HECHOS**

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 1º de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Constitución Política, artículos 13 y 53; Ley 91 de 1989, artículo 5 y 15; Ley 50 de 1990, artículo 99; Ley 1955 de 2019, artículo 57; Ley 52 de 1975, artículo 1; Ley 344 de 1996,

artículo 13; Ley 432 de 1998, artículo 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto 1582 de 1998, artículos 1 y 2.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Inicia su escrito señalando las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que en el esquema de manejo de estas para los docentes la entidad tiene vedada la posibilidad de apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resaltó que Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.
- **Condena en costas:** indicó que se han presentado demandas con los mismos supuestos de hecho y de derecho respecto de los cuales se ha expuesto su improcedencia, por lo tanto, considera que al tenor del artículo 188 del CPACA el libelo petitorio carece de fundamento legal, por lo que es procedente la condena en costas.

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.
- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 14 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si tenía derecho la demandante a que se le reconociera y pagara la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, un día de salario básico por cada día de retardo por la no consignación oportuna de las cesantías del año 2020, contados desde el 15 de febrero de 2021, por parte de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG) y del departamento de Caldas; si tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por 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 equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020. En caso afirmativo, si era el FOMAG o el departamento de Caldas o ambas la responsable del pago de la sanción moratoria y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías; si resultaba procedente el pago indexado de las sumas reclamadas por concepto de sanción por mora y los intereses; y si resultaba procedente el pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias.

Tras relacionar el material probatorio; el régimen especial de los docentes en materia de cesantías; la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías; 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; y la inexistencia de una obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual por parte del ente territorial y de la Nación – Ministerio de Educación; descendió al caso concreto y explicó que al estar la demandante afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales le es aplicable el régimen especial de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989, en el cual no existía la obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual porque los recursos eran girados por la Nación al fondo común manejado por el FOMAG, por lo mismo, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, como tampoco al reconocimiento de la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, pues esa posibilidad solo

resultaba predicable respecto de los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Concluyó que las normas cuya aplicación reclamaba la parte demandante resultaban incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes, aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses estaban regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

Que, además, las sentencias del Consejo de Estado que se citaban como antecedente no guardaban identidad fáctica con el presente caso, pues trataban asuntos como el pago de cesantías retroactivas, omisión en la afiliación al FOMAG o sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes pertenecientes a la planta del ente territorial.

Precisó que acoger la tesis expuesta por la parte actora llevaría a que los docentes percibieran eventualmente dos tipos de sanción, de manera concomitante; la contenida en la Ley 1071 de 2006 y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no era posible establecer el límite final de la sanción moratoria; tampoco era procedente la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 por no estar prevista en la normativa especial, ni hacerse remisión legal, y porque ni siquiera hizo parte del análisis de la sentencia SU-098 de 2018 extender la aplicación de dicha norma al régimen especial docente.

Se plasmó en la parte resolutive:

*PRIMERO: DECLÁRENSE PROBADAS la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY" propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y la de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION" propuesta por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO*

*SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora SANDRA MILENA SEPULVEDA CUERVO en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.*

*TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS.*

*(...)*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #33 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso



primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA los sujetos procesales no presentaron memorial pronunciándose sobre el recurso de apelación.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

**Problema jurídico**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Lo probado**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$2.655.051, e intereses a las cesantías por \$577.628, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 1º de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- En respuesta al derecho de petición se emitió el oficio NOM 344 del 8 de septiembre de 2021, a través del cual se negó lo peticionado.

**PRIMER PROBLEMA JURÍDICO**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el

**Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.**

### **Marco normativo**

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

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

*(...)*

### **3. CESANTÍAS:**

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

***B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resaltado de la Sala).***

La Ley 812 de 2003<sup>1</sup>, 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*”.

---

<sup>1</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

El Decreto 3752 de 2003<sup>2</sup>, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

**ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

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

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

**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.

---

<sup>2</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

**ARTÍCULO 9º. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

**ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*(...)*

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

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

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

*2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la*



*suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995<sup>3</sup> hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup> consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006<sup>6</sup>, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

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

<sup>3</sup> "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

<sup>4</sup> "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".

<sup>5</sup> 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)

<sup>6</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

fallos de 20 de enero<sup>7</sup>, 3 de marzo<sup>8</sup> y 19 de mayo de 2022<sup>9</sup>, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

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

|                                                       |                                              |
|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| <b>Trabajador<br/>beneficiario de Ley<br/>50/1990</b> | <b>Docente cobijado por la<br/>Ley 91/89</b> |
|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------|

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989<sup>10</sup>.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago

<sup>10</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.

de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen*

*tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

### Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

### Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en esta instancia ya que no hubo actuación de las partes ante esta Corporación

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 14 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

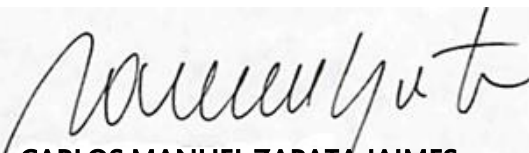
**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **SANDRA MILENA SEPÚLVEDA CUERVO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

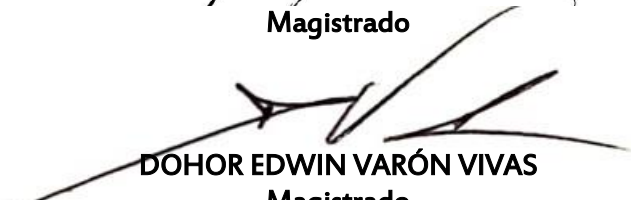
Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b><br/><b>ESTADO ELECTRÓNICO</b></p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|                  |                                                                                                                       |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17001-33-39-006-2022-00110-02                                                                                         |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                                |
| ACCIONANTE       | GLORIA ALEXANDRA TORO AGUILAR                                                                                         |
| ACCIONADO        | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 22 de marzo de 2023.

**PRETENSIONES**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo NOM-239 del 22 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero de 2021, fecha en que debió consignarse los intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el 27 de marzo de 2021, momento en que se efectuó el pago.

3. Declarar que las demandadas, de manera solidaria, debe reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, momento en el cual debieron consignarse las cesantías correspondientes al año 2020, hasta el 24 de marzo de 2022, momento en que se efectuó el pago.

**Condenas:**

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses de las cesantías, que se encuentra establecido en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de 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 del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.

4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses



moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

### **HECHOS**

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.

➤ La demandante solicitó el 14 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** pasó silente.

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.
- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.
- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 22 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si tenía derecho la demandante a que se le reconociera y pagara la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como el pago de la indemnización establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975 y el Decreto 1176 de 1991, por concepto del pago inoportuno de las cesantías y los intereses a las cesantías; y en caso afirmativo, establecer si la responsabilidad en el pago inoportuno tanto de las cesantías como de los intereses de las mismas y las indemnizaciones y sanciones moratorias respectivas estarían a cargo del Ministerio de Educación, del departamento de Caldas o de ambas entidades.

Tras relacionar el material probatorio; el régimen especial de los docentes en materia de cesantías; la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías; 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; y la inexistencia de una obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual por parte del ente territorial y de la Nación – Ministerio de Educación; descendió al caso concreto y explicó que al estar la demandante afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales le era aplicable el régimen especial de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989, en el cual no existía la obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual porque los recursos eran girados por la Nación al fondo común manejado por el FOMAG, por lo mismo, no tenía derecho al reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, como tampoco al reconocimiento de la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, pues esa posibilidad solo resultaba predicable respecto de los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Destacó que las normas cuya aplicación reclamaba la parte demandante resultaban incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes; aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses estaban regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

Que además las sentencias del Consejo de Estado que se citaban como antecedente no guardaban identidad fáctica con el presente caso, pues trataban asuntos como el pago de cesantías retroactivas, omisión en la afiliación al FOMAG o sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes pertenecientes a la planta del ente territorial.

Precisó que acoger la tesis expuesta por la parte actora llevaría a que los docentes percibieran eventualmente dos tipos de sanciones, de manera concomitante; la contenida en la Ley 1071 de 2006 y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no era posible establecer el límite final de la sanción moratoria, tampoco era procedente la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 por no estar prevista en la normativa especial, ni hacerse remisión legal, y porque ni siquiera hizo parte del análisis de la sentencia SU-098 de 2018 extender la aplicación de dicha norma al régimen especial docente.

Se plasmó en la parte resolutive:

*PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION" propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.*

*SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora GLORIA ALEXANDRA TORO AGUILAR en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.*

*TERCERO: RECONOCESE personería jurídica para actuar a la abogada CATALINA CELEMIN CARDOSO, identificada con C.C. No. 1.110.453.991 y T.P. No. 201.409 del C.S. de la J, y al abogado MAIKOL STEBELL ORTIZ BARRERA identificada con C.C. No. 1.019.058.657 T.P. No. 301.812 del C.S. de la J, para actuar en representación de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN (FOMAG), conforme con el poder y la sustitución al mismo obrante en el PDF 021 del Expediente Digital.*

*CUARTO: Sin condena en costas. (...)*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #20 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores

públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA los sujetos procesales no presentaron memorial pronunciándose sobre el recurso de apelación.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

#### **Problema jurídico**

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

#### **Lo probado**

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$3.355.526, e intereses a las cesantías por \$420.674, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 14 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- En respuesta al derecho de petición se emitió el oficio NOM 539 del 22 de septiembre



de 2021, a través del cual se negó lo peticionado.

## PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

**Tesis:** la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

### Marco normativo

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

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

(...)

#### **4. 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 2003<sup>1</sup>, 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 2003<sup>2</sup>, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

**ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán**

---

<sup>1</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

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

**ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES.** *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

**ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*(...)*

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

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

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995<sup>3</sup> hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup> consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue

<sup>3</sup> "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

<sup>4</sup> "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".

<sup>5</sup> 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)

respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006<sup>6</sup>, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero<sup>7</sup>, 3 de marzo<sup>8</sup> y 19 de mayo de 2022<sup>9</sup>, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989<sup>10</sup>.

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

<sup>10</sup> Ver anales del congreso No 164 de 1989.



*«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.»*  
(Negritillas fuera de texto).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de*

*cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período".* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

### **Conclusión**

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

### **Costas**

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en esta instancia ya que no hubo actuación de las partes ante esta Corporación

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

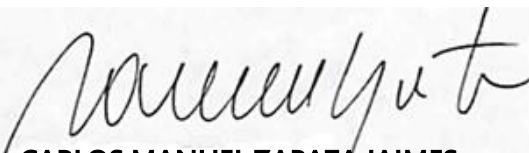
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 22 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **GLORIA ALEXANDRA TORO AGUILAR** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 31 de agosto de 2023 según acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b><br/><b>ESTADO ELECTRÓNICO</b></p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.I.: 270**

|                          |                                               |
|--------------------------|-----------------------------------------------|
| <b>Asunto:</b>           | <b>Resuelve impedimento Juez</b>              |
| <b>Medio de Control:</b> | <b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b> |
| <b>Radicación:</b>       | <b>17001-33-33-009-2023-00210-02</b>          |
| <b>Demandante:</b>       | <b>Osman Augusto Gonzáles Cruz</b>            |
| <b>Demandado:</b>        | <b>Nación - Fiscalía General de la Nación</b> |

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

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

**ASUNTO**

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dr. Jorge Wilder Gil Ospina, en calidad de Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso<sup>1</sup>, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>2</sup>.

**ANTECEDENTES**

El señor Osman Augusto Gonzáles Cruz, actuando debidamente representado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones sociales a que tiene derecho por la inclusión de la bonificación judicial contenida en el Decreto 382 de 2013, como factor salarial para todos los efectos legales.

---

<sup>1</sup> En adelante CGP.

<sup>2</sup> En adelante CPACA.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita se reconozca, reajuste, liquide y paguen las diferencias salariales y prestacionales existentes entre lo pagado como servidor de la Fiscalía General desde el 1° de enero de 2013, hasta la fecha que ponga fin al proceso.

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es Juez el Dr. Jorge Wilder Gil Ospina.

Por auto del 05 de julio de 2023, el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener ese servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

**ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS.** *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

*2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.*

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de

imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>3</sup>.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el Consejo de Estado<sup>4</sup> ha sostenido al respecto que:

*El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.*

Como se puede apreciar, la causal invocada por el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*Son causales de recusación las siguientes:*

*(...)*

*1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Auto del 11 de mayo de 2006. Radicado número: 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362).

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado. Auto del 21 de abril de 2009. Radicado número: 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)IJ.

*dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Corte Constitucional en auto del 2 de diciembre de 2009<sup>5</sup> explicó que aquella no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

(...)

*Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.*

*En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”<sup>6</sup>. (Líneas son del texto).*

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007<sup>7</sup>, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se indica a continuación:

(...)

*6. Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica<sup>8</sup>, lo siguiente:*

*“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009.

<sup>6</sup> Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

<sup>8</sup> Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”<sup>9</sup>. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por la resolución cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso que eventualmente se fallare a favor de la parte accionante y, por tanto, habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la

---

<sup>9</sup> Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.



objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

*En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,*

### RESUELVE

**Primero. DECLÁRASE** fundado el impedimento propuesto por el Dr. Jorge Wilder Gil Ospina, en calidad de Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Osman Augusto Gonzáles Cruz contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA. En consecuencia,

**Segundo. SEPÁRASE** del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

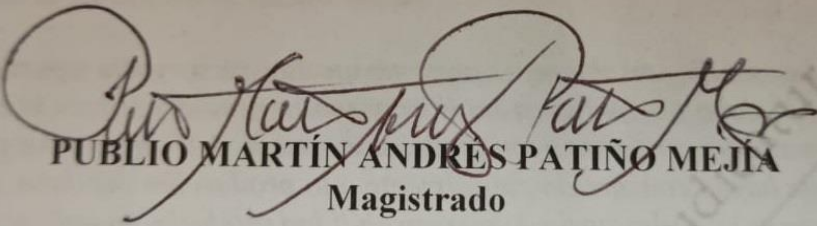
**Tercero. FÍJASE** como fecha para el sorteo de conjuez el día **jueves siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

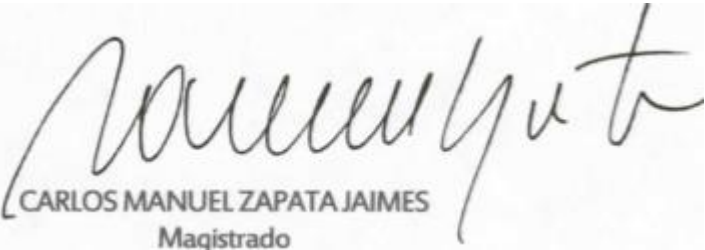
**Cuarto. HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

**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. 153**  
**FECHA: 04/09/2023**  
  
**Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas**  
**Secretaria**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

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

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **EDGAR AUGUSTO GÓMEZ MUÑOZ** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; circunstancia que considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas, proceso ingresado a este Despacho el 02/08/2023.

**ANTECEDENTES**

Con libelo presentado el 23/06/2023, Gómez Muñoz, solicitó se declare la nulidad de los actos administrativos mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación.

**EL IMPEDIMENTO**

El 11 de agosto de 2023, la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales declaró su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, comoquiera que tendría interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en su calidad de Juez de la República tiene un pleito pendiente por el mismo asunto aquí debatido, además que la situación de hecho que se ventila en el sub judice embarga tanto a jueces como a fiscales.

**CONSIDERACIONES**

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones puede sentirse

condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha expresado que:

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”<sup>1</sup>.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 130 de la Ley 1437/11, las causales de impedimento señaladas en el artículo 141 del Código General del Proceso, son aplicables a los Jueces y Magistrados. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código general del Proceso señala:

**“Artículo 141. ...**

**...**

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

**...**

Con respecto a la causal en mención, puede decirse con certeza que, el interés debe ser concreto derivado de la actuación con respecto a la cual el operador judicial declara su impedimento, además que afecte la propia esfera subjetiva del impedido o de sus parientes, descartando de ello el interés académico que se pueda tener sobre el asunto.

Estudiado el expediente conjuntamente con la causal alegada, la Sala encuentra fundado el impedimento manifestado, por cuanto el régimen de los Jueces establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, les asiste un interés indirecto en los resultados del proceso.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997<sup>2</sup> del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES QUINCE (15) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y TREINTA**

<sup>1</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

<sup>2</sup> “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

**(9:30 AM) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: ACÉPTASE** la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestado por la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **ALVARO ÁVILA QUIÑONEZ** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

**SEGUNDO: FÍJASE** como fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES QUINCE (15) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y TREINTA (9:30 AM) DE LA MAÑANA** diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

**TERCERO: COMUNÍQUESE** el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

#### **NOTIFÍQUESE**

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 31 de agosto de 2023, conforme acta nro. 049 de la misma fecha.

  
**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente

  
**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de  
septiembre de 2023.



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

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.I.: 271**

|                          |                                                                                |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Asunto:</b>           | <b>Resuelve impedimento Juez</b>                                               |
| <b>Medio de Control:</b> | <b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>                                  |
| <b>Radicación:</b>       | <b>17001-33-39-006-2023-00227-02</b>                                           |
| <b>Demandante:</b>       | <b>Paola Andrea Sánchez Vanegas</b>                                            |
| <b>Demandado:</b>        | <b>Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial</b> |

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº045 del 01 de septiembre de 2023**

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

**ASUNTO**

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso<sup>1</sup>, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>2</sup>.

**ANTECEDENTES**

La señora Paola Andrea Sánchez Vanegas, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial que se le ha pagado en razón de la expedición del Decreto 0383 de 2013.

---

<sup>1</sup> En adelante CGP.

<sup>2</sup> En adelante CPACA.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial, señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario y demás emolumentos que fueron percibidos por el demandante durante su vinculación como empleado de la Rama Judicial.

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es Juez la Dra. Bibiana María Londoño Valencia.

Por auto del 24 de julio de 2023, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener esa servidora judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, la Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

## **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

**ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS.** *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

*2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.*

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido



previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>3</sup>.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el Consejo de Estado<sup>4</sup> ha sostenido al respecto que:

*El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.*

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

*Son causales de recusación las siguientes:*

(...)

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Auto del 11 de mayo de 2006. Radicado número: 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362).

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado. Auto del 21 de abril de 2009. Radicado número: 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)IJ.

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

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Corte Constitucional en auto del 2 de diciembre de 2009<sup>5</sup> explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

(...)

*Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.*

*En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”<sup>6</sup>. (Líneas son del texto).*

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007<sup>7</sup>, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se indica a continuación:

(...)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica<sup>8</sup>, lo siguiente:*

*“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009.

<sup>6</sup> Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

<sup>8</sup> Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”<sup>9</sup>. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por la resolución cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso que eventualmente se fallare a favor de la parte accionante y, por tanto, habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier

---

<sup>9</sup> Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

*En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,*

### RESUELVE

**Primero. DECLÁRASE** fundado el impedimento propuesto por la Dra. Bibiana María Londoño Valencia, en calidad de Juez Sexta Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Paola Andrea Sánchez Vanegas contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

**Segundo. SEPÁRASE** del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

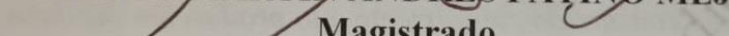
**Tercero. FÍJASE** como fecha para el sorteo de conjuez el día **jueves siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

**Cuarto. 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. **153**

FECHA: 04/09/2023

Vilma Patricia Rodriguez C

**Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas**  
**Secretaria**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

|             |                                                   |
|-------------|---------------------------------------------------|
| PROCESO No. | 17001-33-39-008-2022-00217-02                     |
| CLASE       | PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS |
| ACCIONANTE  | JOSÉ JULIAN LEÓN ZULUAGA                          |
| ACCIONADOS  | MUNICIPIO DE MANIZALES                            |

Encontrándose el proceso de la referencia a despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta corporación **OFÍCIESE** al **MUNICIPIO DE MANIZALES** para que en un término no mayor a cinco (5) días, siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, aporte lo siguiente:

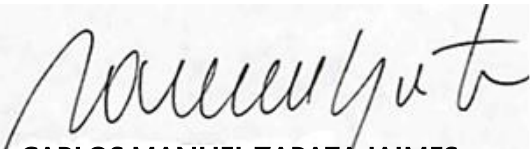
1. Certificado donde se indique con claridad si la zona ubicada en la manzana 8 particularmente con carrera 6° norte, calle 17 a occidente y la calle 65 del barrio la Linda es una zona verde o está en listado de inventario de bienes del municipio para ser intervenido.
2. En la respuesta se deberá anexar la prueba o fuente jurídica, que permita demostrar con exactitud la respuesta dada.

Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al despacho del Magistrado ponente para proyectar la decisión que corresponda.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

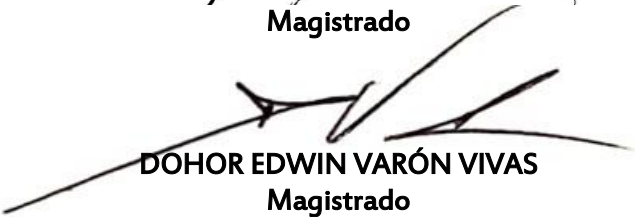
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 31 de agosto de 2023, conforme acta nro. 049 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
**Magistrado Ponente**



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
**Magistrado**



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
**Magistrado**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 153 del 04 de septiembre de 2023.

17001-33-33-001-2022-00299-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 401

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por el **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA**, contra la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por el señor **CARLOS OVIDIO RESTREPO MESA** contra la entidad apelante.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita digitalmente por la señora Jueza, y no se detecta causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedentes, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA<sup>1</sup>, habrán de admitirse los recursos de segundo grado.

Por lo expuesto,

#### RESUELVE

**ADMÍTESE** del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por el **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA**, contra la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por el señor **CARLOS OVIDIO RESTREPO MESA** contra la entidad apelante.

---

<sup>1</sup> Ley 1437 de 2011.



**NOTIFÍQUESE** personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las partes.

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

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

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**

**Magistrado Ponente**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA DE CONJUECES  
José Nicolas Castaño García  
Conjuez Ponente**

**A.I. 373**

|                       |                                                                                 |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Asunto:</b>        | <b>Asume Conocimiento, Admite Recurso.</b>                                      |
| <b>Medio Control:</b> | <b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>                                   |
| <b>Radicación:</b>    | <b>17001-33-39-006-2018-00595-03</b>                                            |
| <b>Demandante:</b>    | <b>Luz Angela Montoya Herrera.</b>                                              |
| <b>Demandados:</b>    | <b>Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.</b> |

Manizales, primero (1) de septiembre del año dos mil veintitrés (2023)

El presente proceso fue objeto de reparto inicialmente a la Dra Yorly Xiomara Gamboa Castaño, desde el día 29 de Noviembre del 2022, quien al presentar la renuncia a su cargo de Conjuez desde el mes de Enero de 2023, para ejercer el cargo de Juez Administrativa Transitoria, este expediente ingreso nuevamente a reparto, correspondiendo su trámite al suscrito, Doctor José Nicolas Castaño García.

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 30 Junio de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno, fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión y se concedió el recurso de apelación mediante providencia del día 26 de Agosto de 2021, según lo dispuesto artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITASE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 28 de Julio de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **INGRÉSESE** el expediente al despacho para dictar sentencia.

**ADVIERTASE** al Ministerio Público que podrá emitir concepto desde la expedición de la presente providencia que admite el recurso de apelación presentado y hasta antes de que se ingrese el proceso al Despacho para dictar sentencia, en los términos del numeral 6 de la Ley 2080 de 2021.

**NOTIFIQUESE** personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



---

**JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA**

Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 153 del 4 de Septiembre de 2023.

A handwritten signature in black ink, reading "Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas".

**VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS**  
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

*Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía*

Manizales, primero (01) de septiembre dos mil veintitrés (2023)

A.I. 116

**Medio de Control:** Controversia Contractual  
**Demandante:** Consorcio Libertad 2008  
**Demandado:** Instituto De Financiamiento Promoción y Desarrollo De Manizales “Infimanizales” – Invías y Municipio De Manizales  
**Radicado:** 17001-23-00-000-2011-00116-00

**Antecedentes**

El 23 de mayo de 2023, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas. En la diligencia se hizo control de legalidad y saneamiento, frente al procedimiento que se debe adelantar para la práctica y contradicción del dictamen pericial. Se indicó que el trámite se resolvería conforme a la normativa prevista en el CPC. Se dio traslado por 3 días para la aclaración, complementación y objeción grave. Y fijo honorarios por valor de \$2.000.000.

Los apoderados judiciales de las entidades, presentaron las siguientes solicitudes respecto del dictamen rendido, así: (i) Invías: aclaración<sup>1</sup>, (ii) Parte actora: aclaración y complementación<sup>2</sup>, (iii) Infimanizales: aclaración o complementación<sup>3</sup>.

El 2 de junio de 2023, se allega por parte de la Empresa Aliar, a través de la profesional en Ingeniería, aclaración al dictamen solicitado por Infimanizales<sup>4</sup>.

El 27 de junio de 2023, se lleva a cabo audiencia de sustentación de aclaración y complementación del dictamen pericial técnico. Y se da traslado de las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes<sup>5</sup>.

El 4 de julio de 2023<sup>6</sup>, la entidad Infimanizales puso en conocimientos observaciones acerca de las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la parte actora, advirtiendo que algunas preguntas no se relacionan con el alcance del dictamen solicitado, decretado y presentado.

**Perito contador:**

El 7 de junio de 2022, la profesional Mercedes Quiñones Herrera, informó al despacho sobre las acciones desplegadas con el fin de rendir la pericia ordenada. Sobre el particular, advirtió sobre el recibido parcial de la información por parte de la entidad Infimanizales, y

<sup>1</sup> Expediente digital 077Solicitud

<sup>2</sup> Expediente digital 079SolicitudComplementaciónDictamenConsorcio

<sup>3</sup> Expediente digital 081AclaracionDictamenA

<sup>4</sup> Expediente digital 087NotaAclaratoriaAliarI

<sup>5</sup> Expediente digital 099MemorialObserv

<sup>6</sup> Expediente digital 087NotaAclaratoriaAliarI

se encuentra pendiente de recibir la semana del 13 al 16 de junio de dicha anualidad el resto de la información contable.

El 26 de junio de 2023<sup>7</sup>, se allega nueva solicitud de adicionar por diez (10) días el plazo para presentar el dictamen pericial. Mencionó que ha recibido el 90% de la información por parte de la entidad Infimanizales, y solo faltan los anexos de impuestos, retenciones y pagos que acrediten el valor descontado en impuesto, del exceso de los impuestos mayor cobrado según las afirmaciones del Consorcio la Libertad 2008. A su vez, expone que solicita a los demandados lo siguiente: “Los soportes contables en este orden: la ejecución por cada ítem del cuaderno 1 hoja 7, el presupuestado con el comparativo del ejecutado y con ello el sustento contable de los soportes, de los costos y gastos adicionales que justifiquen los perjuicios materiales de los Ítems de obra, sobrecostos y otros.

Sumado a ello explica: Sin embargo, no están los soportes contables de los costos y deducciones, puesto que los deben tener y guardar son los demandantes del CONSORCIO LIBERTAD 2008, quien en su contabilidad de cada uno de los consorciados por centro de costos deben llevar sus ingresos costos y deducciones asociados al contrato ORIENTACION PROFESIONAL No 04 DE 2002 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública indica”.

Una vez, revisado el trámite procesal surtido respecto a las pruebas periciales decretadas, se realizan las siguientes,

### Consideraciones

En cuanto al trámite procesal que debe adelantarse ante la solicitud de aclaración, complementación y objeción al dictamen pericial el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, dispuso:

*“Artículo 238. Para la contradicción de la pericia se procederá así:*

*1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.*

**2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.**

*3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.*

*4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.*

*5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.*

*6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez*

---

<sup>7</sup> Expedientedigital091InformePeritoContad

*podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare. 7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.”.*

Visto lo anterior, y en atención a las actuaciones procesales adelantadas frente al informe pericial presentada por la empresa Aliar, a través de la profesional en Ingeniería Civil. Se procederá a dar aplicación al numeral 2 del artículo 238 del CPC. Por ello, se analizará sobre la viabilidad de acceder a las aclaraciones y complementaciones solicitadas respectivamente por las partes, de la siguiente manera:

Antes de decidir sobre las aclaraciones y/o complementaciones, se rememora el objeto de la prueba pericial técnica decretado en el auto de pruebas, así:

*“13. Dictamen Pericial Técnico*

*Solicito, ordenar la realización de una prueba pericial, por parte de ingeniero civil con experiencia en la materia, para que rinda su dictamen sobre los siguientes temas:*

- Diferencias entre los diseños entregados por INFIMANIZALES durante el proceso licitatorio INFI-012-2007 y las obras realmente ejecutadas en el desarrollo del contrato de obra No. 2007-12-152, celebrado con el "Consortio Libertad 2008".*
- Diferencias entre los precios unitarios y/o totales elaborados por INFIMANIZALES durante el proceso licitatorio como presupuesto oficial y el valor de los precios unitarios y/o totales de las obras realmente ejecutadas.*
- Diferencias entre el plazo de ejecución del contrato entregado por INFIMANIZALES durante el proceso licitatorio correspondiente como plazo del contrato y el plazo real de ejecución de las obras.*
- La ejecución efectiva de las cantidades de obras cuyo valor reclama el. Consortio Libertad 2008 a INFIMANIZALES, dentro del presente proceso, w la pactación de las mismas dentro del contrato y la verificación de los precios pactados por las partes para el efecto.*
- La imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato en su totalidad, y en una forma continua, en serie y sucesiva, por la no disponibilidad de la totalidad de los predios inicialmente considerados en los diseños.*
- La aplicación de los elementos y fórmulas que se deben tener en cuenta para efectos de liquidar y cuantificar los intereses de mora, actualizaciones, indexaciones y cláusula penal pecuniaria solicitadas en la presente demanda y realizar la cuantificación respectiva de dichos conceptos.*
- Para la realización del peritazgo se deberá tener en cuenta toda la información que reposa en los archivos de las partes contratantes, las visitas al sitio de la obra que realice el perito, los documentos aportados como prueba por el Consortio Libertad 2008 y en general todo aquello que el perito considere pertinente.*

*Adicionalmente, el perito, en desarrollo de su dictamen deberá absolver el cuestionario que le pueda ser suministrado oportuna y previamente a la fecha de la diligencia por la parte actora.”*

En consecuencia, se accederá a las siguientes aclaraciones y complementaciones conforme a lo siguiente:

**1. Invías solicitud de aclaración al dictamen**

1.- En las páginas ocho (08) nueve (09) del dictamen pericial, aparece la “Tabla No 2. Cantidades ejecutadas, incluye adición e ítems no previstos.”, en la parte final de la tabla en mención, se consignó textualmente lo siguiente:

|                              |                  |
|------------------------------|------------------|
| SUBTOTAL COSTOS BASICOS OBRA | \$ 1.775.737.038 |
| AIU = (28%)                  | \$ 497.206.371   |
| VALOR TOTAL OBRA             | \$ 2.272.943.408 |

Respetuosamente se solicita al despacho, que la perito aclare si el valor de la AIU, por un porcentaje equivalente al 28%, del valor total final ejecutado del contrato No. 2007-12-152, que ascendió a un valor de \$ 497.206.371, se encuentra justificado por el contratista de obra CONSORCIO LIBERTAD 2008, dentro de los documentos que obran dentro de la presente actuación.

2.- En el peritazgo rendido, en la página 29 del dictamen pericial, la perito textualmente consignó: “El objeto del contrato se cumplió toda vez que se intervino el tramo comprendido entre las abscisas K32+190 - K33+330 sector de Lusitania hasta agotar el monto total y la adición, en total se ejecutaron \$2.328.586.715,20 y no se podía hacer más adiciones en valor, toda vez que ya que se había incrementado el presupuesto en un 50% respecto al valor inicial de conformidad con lo expuesto en la Ley 80 de 1993 Artículo 40 en donde se estipula:

(...)” Mientras que En las páginas ocho (08) nueve (09) del dictamen pericial, aparece la “Tabla No 2. Cantidades ejecutadas, incluye adición e ítems no previstos.”, en la parte final de la tabla en mención, se consignó textualmente lo siguiente:

|                              |                  |
|------------------------------|------------------|
| SUBTOTAL COSTOS BASICOS OBRA | \$ 1.775.737.038 |
| AIU = (28%)                  | \$ 497.206.371   |
| VALOR TOTAL OBRA             | \$ 2.272.943.408 |

De acuerdo a lo anterior, se presenta una diferencia del valor total ejecutado del contrato No. 2007-12-152 de \$55.643.307,15, se solicita por lo tanto al despacho, se requiera a la perito, con el fin que aclare con fundamento en la documentación por ella estudiada, cual fue valor total ejecutado en el contrato de obra en mención.

Se accederá a los puntos de aclaración solicitados por el Invías, teniendo en cuenta que cumplen con la pertinencia, respecto de los puntos por los cuales se decretó el dictamen, frente al ítem 3 relacionado a la ejecución de las cantidades de obra cuyo valor reclama el Consorcio

**2. Parte actora - solicitud de aclaración – complementación al dictamen**

La parte actora CONSORCIO LIBERTAD 2008, solicitó aclaración y complementación al dictamen pericial encamino a la resolución de 26 preguntas que consideran deben ser decididas por la Profesional en Ingeniería.

Por su parte, el apoderado judicial de la entidad Infimanizales, consideró que las preguntas números 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25 y 26, elevadas por la parte actora no se relacionan con el alcance del dictamen.

Se describen las preguntas de la parte actora así:



1. Usted en el punto N°2 habla de las diferencias entre los diseños entregados por INFIMANIZALES y las obras efectivamente ejecutadas por el contratista. ¿Sabe por qué se dieron tales diferencias?
2. En las imágenes 5 y 6 del dictamen pericial se puede observar que a la altura del vivero Los Paisajes no se ejecutaron las obras diseñadas y contratadas, ¿nos podría decir, si lo sabe a qué se debe esta diferencia?
3. ¿Tuvo usted conocimiento de deficiencias en la gestión predial en el proyecto?
4. ¿Qué impacto puede tener en una obra que está presupuestada para tener un frente de obra, que se varíen las condiciones y sean dos frentes de obra, separados por dos cuadras de distancia?
5. En el dictamen pericial se manifestó que el plazo total del contrato fue de 10 meses ¿Nos puede indicar esa situación cómo puede impactar económicamente el contrato?
6. ¿Nos podría decir Qué es un estudio de estratigrafía y un CBR?
7. ¿Es posible determinar las condiciones del suelo y la cantidad de roca ANTES DEL INICIO DE LA OBRA?
8. ¿Qué consecuencias genera encontrarse con un material muy rocoso sin que se haya previsto su conformación en los estudios geotécnicos previos a la obra?
9. ¿Es propio de este tipo de obras realizar una investigación de redes? ¿En caso afirmativo, en qué consiste?
10. Respecto al Bordillo, usted en el dictamen pericial afirma: “finalmente, se reconoció al contratista un bordillo de h: 0.2m en concreto de 3000 psi y el construido es de una altura h:0.4 m en concreto de 2000 psi”
11. ¿Con fundamento a qué información o método usted determinó que el bordillo es de 2000 psi y no de 3000 psi?
12. ¿Es admisible construir elementos en una obra vial sometida a grandes esfuerzos, como impactos de llantas y efectos climáticos, con concreto de 2000psi de resistencia?
13. ¿Es admisible suponer que luego de 15 años de servicio los bordillos de concreto de 2000psi, los elementos reflejen fallas generalizadas?
14. Si en gracia de discusión se admitiera que el bordillo es de 2000 psi ¿cuál de los dos es más costoso, 20 cm de 3000 psi o 40 cm de 2000 psi?
15. ¿Es posible garantizar las dimensiones y características geométricas de un elemento en concreto sin emplear formaleta en su construcción?
16. Respecto a las excavaciones de roca, en las conclusiones se afirma: “En las preactas de cantidades de excavación en roca reconocidas por el interventor al contratista, no se encuentra soportado los datos con los que se realizó la afectación del porcentaje de excavación para calcular la roca removida, según lo acordado entre las partes” ¿Nos puede explicar en un lenguaje más comprensible lo que usted quiso afirmar allí?
17. Le voy a poner de presente oficio que reposa en el expediente cuaderno 1 A, FOLIOS 13 y siguientes del expediente digital o 407 y siguientes del expediente físico. Allí se anexa un informe para pago. Le pregunto, ¿con la información que fue reportada por el contratista era posible calcular la roca removida?
18. En el numeral 5.3 del dictamen, usted nos transcribe una reseña de la bitácora del 4 de abril de 2008, en el que la interventoría ordena que el material proveniente de explanación debe usarse para la conformación del terraplén. ¿Sabe usted si la interventoría había realizado los ensayos y estudios para determinar la calidad de ese material?
19. ¿Sabe si existían diseños de drenaje del lleno?
20. ¿Sabían en la obra que el material de la explanación que se encontraría, estaba conformado por grandes volúmenes de roca, cuyos fragmentos no es viable emplear en un terraplén por su tamaño y las especificaciones del INVIAS?
21. Posteriormente nos indica que la interventoría aceptó la propuesta del contratista de utilizar afirmado y material de préstamo seleccionado en la conformación del terraplén. ¿cuál de los dos materiales es más resistente para este tipo de obras?
22. ¿Es admisible concluir que el afirmado o el material certificado de préstamo es superior en calidad al de un sitio donde se ordenó una sustitución de suelo para poder construir un pavimento?
23. ¿Tuvo conocimiento si los CBR que entregaron al contratista correspondían al tramo que se iba a intervenir?
24. ¿Con base en las respuestas anteriores, y teniendo en cuenta su condición técnica, usted nos podría indicar si existió una mala planeación por parte de la entidad contratante?
25. Hablemos del límite del 50% para adicionar el contrato. En su última conclusión nos dice que el objeto del contrato se cumplió (pese a que no se realizaron todas las obras diseñadas), y que en total se ejecutaron 2328 millones, por lo que no se podía hacer más adiciones en valor
26. Usted considera que, para ejecutar la obra de manera completa, tal y como fue diseñada ¿con una adecuada planeación el valor sería superior a 2.328 millones?

En este, sentido se admitirán y denegarán las siguientes aclaraciones y/o complementaciones solicitadas por la parte actora, conforme a lo siguiente:

En este sentido, se accederán a la aclaración y complementación a las preguntas 1 a 9; 12; 14 a 20, 23 a 24 y 26. Lo anterior, basado en que las preguntas tienen pertinencia y relación frente al cuestionario solicitado por la parte actora, esto es, en cuanto a las diferencias de diseños, precios unitarios y totales como presupuesto oficial y obras ejecutadas, y demás como las pruebas que obran en el expediente.

Frente a la pregunta número 10 y 25 no se considera una pregunta sino una afirmación. Y se niegan las aclaraciones y de las preguntas 13, 21 y 22 por no tener relación ni pertinencia respecto a los puntos de los cuales se decretó el dictamen.

### **3. Inconformidad Infimanizales frente aclaración y complementación parte actora**

En cuanto la inconformidad solicitada por la entidad Infimanizales se aclara lo siguiente:

- **Frente a la pregunta número 4:** es aceptada porque tiene relación con el cuestionario del ítem cinco (5). Además, este tema se encuentra relacionado en el oficio del 5 de enero de 2008 dirigido al Ingeniero Jorge Mario Amariles Gómez Supervisor del contrato<sup>8</sup>.
- **Frente a la pregunta número 5:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 3 del cuestionario, frente a las diferencias entre el plazo de ejecución del contrato y el plazo de ejecución de obras.
- **Frente a las preguntas número 6, 7, 8 y 9:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 1 del cuestionario respecto a las diferencias entre los diseños entregados durante el proceso licitatorio. A su vez, se encuentra conexo con lo descrito en el oficio del 5 de enero de 2008 dirigido al Ingeniero Jorge Mario Amariles Gómez Supervisor del contrato.
- **Frente a la pregunta número 12:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 1 y 2 del cuestionario. A su vez, se encuentra conexo con lo descrito en el documento suscrito el 3 de julio de 2008 remitido al Jorge Mario Amariles Gómez Supervisor del contrato, con asunto de costos y precios no pactados<sup>9</sup>.
- **Frente a la pregunta número 13:** No es aceptada, porque no tiene relación ni pertinencia, respecto a los puntos en los cuales se decretó el dictamen.
- **Frente a la pregunta número 15:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 2 del cuestionario. A su vez, se encuentra conexo con lo descrito en el acta de obra del contrato número 01<sup>10</sup>.
- **Frente a la pregunta número 18:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 1 del cuestionario. A su vez, se encuentra conexo con lo descrito en el escrito del 2 de febrero de 2009, dirigido al Director de Interventoría<sup>11</sup>.
- **Frente a la pregunta número 19:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 1 del cuestionario. A su vez, se encuentra conexo con lo descrito en el oficio del 9 de enero de 2009 Dirigido al Ingeniero Jorge Mario Amariles Gómez Supervisor del Contrato<sup>12</sup>.
- **Frente a la pregunta número 20:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 4 del cuestionario. A su vez, se encuentra conexo con lo descrito en el oficio del 2 de febrero de 2009 respecto al pago pendiente por concepto de excavación de la explanación pendiente de pago<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Expedientedigitalcuaderno001pdfpág.8C1

<sup>9</sup> Expedientedigitalcuaderno001pdfpág.277C1

<sup>10</sup> Expedientedigital0002cuaderno1Apdfpág.296

<sup>11</sup> Expedientedigital0002cuaderno1Apdfpág.13

<sup>12</sup> Expedientedigital0001cuaderno1pdfpág.103

<sup>13</sup> Expedientedigital002cuaderno1Apdfpág.13

- **Frente a la pregunta número 21 y 22: No son aceptadas**, porque no tiene relación ni pertinencia, respecto a los puntos en los cuales se decretó el dictamen.
- **Frente a la pregunta número 23:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 1 del cuestionario. A su vez, se encuentra conexo con el oficio del 5 de enero de 2008, sobre el asunto de costos del proyecto<sup>14</sup>
- **Frente a la pregunta número 25 y 26:** Es aceptada porque tiene relación con el ítem 2 del cuestionario. A su vez, se encuentra conexo con la solicitud de perjuicios materiales solicitados con la demanda.

#### **4. Parte demandada - Infimanizales - solicitud de aclaración y/o complementación al dictamen**

La parte demandada Infimanizales, solicitó aclaración y complementación al dictamen pericial encamino a la resolución de 4 preguntas que consideran deben ser decididas por la Profesional en Ingeniería.

Las preguntas para resolver son las siguientes:

1. *Se solicita a la señora perito precisar, respecto de las tablas 1 y 2 que incluye en el dictamen, si la Tabla 1 "PRESUPUESTO OFICIAL EN PLIEGOS DEFINITIVOS" corresponde al presupuesto oficial en los pliegos de la licitación, es decir, que los precios unitarios son los que sirvieron de base a los proponentes para sus propuestas; y si la Tabla # 2, que hace referencia a las "CANTIDADES EJECUTADAS CON ADICIÓN E ÍTEMS NO PREVISTOS", corresponde a las obras, cantidades de obra efectivamente ejecutadas y a los precios unitarios ofertados por el consorcio demandante en la propuesta que resultó favorecida con la adjudicación del contrato, en los documentos relacionados con las prórrogas del plazo de ejecución del contrato y/o en la adición del contrato para incluir obras o ítems no previstos inicialmente o en acuerdos de ajuste de determinados precios como se explica en la primera parte de la página 11 del dictamen; en otras palabras, si los precios unitarios son los precios que, en cada caso, fueron ofertados y/o pactados.*
2. *Respecto de la Tabla No. 3 del dictamen "DIFERENCIA DE CANTIDADES PRECIOS PLIEGO VS EJECUTADO" se solicita a la señora perito explicar si cuando en la columna "Diferencia Cantidades" se emplea el signo negativo (-) se está indicando que se trata de una mayor cantidad de obra ejecutada y que cuando la cantidad no está precedida de signo alguno representa una menor cantidad de obra u obra no ejecutada.*
3. *En lo que tiene que ver con el bordillo, se solicita a la señora perito indicar cuál es la equivalencia entre el bordillo contractual (h=0.2 m y de resistencia 3000 psi) con el bordillo ejecutado ( h= 0.4 m y resistencia de 2000 psi) ya que difieren en altura y resistencia del concreto y si, en particular, por la resistencia del concreto, en general los costos de uno y otro pueden considerarse equivalentes; se solicita a la señora perito remitirse a lo indicado en la resolución # 00107 de marzo 26 de 2010, de Infimanizales, por la cual se resolvió un recurso y se declaró agotada la vía gubernativa, resolución que obra en el expediente aportada por la parte demandante y, particularmente, las menciones al bordillo que aparecen en la página nueve (9) de dicha resolución.*
4. *En lo que tiene que ver con el Botadero, se solicita a la señora perito verificar, respecto de la mención que hace en su dictamen en el sentido de que respecto del ítem de pago "900.2 Transporte de materiales provenientes de las excavaciones para distancias > 1000 m." se reconoce el transporte de material a un botadero autorizado, el valor efectivamente pagado, mediante la revisión del acta número 10 y final A que, si es necesario, Infimanizales pone a su disposición.*

Se accederá a la aclaración y complementación a las preguntas en mención, teniendo en cuenta que tienen pertinencia y relación frente al cuestionario solicitado por la parte actora, esto es, en cuanto a las diferencias de diseños, precios unitarios y totales como presupuesto oficial y obras ejecutadas, y demás como las pruebas que obran en el expediente.

---

<sup>14</sup> Expedientedigital001cuaderno1pdfpág.9

A pesar de no pronunciarse el despacho sobre la solicitud de aclaración de Infimanizales, la sociedad Aliar a través de la profesional en Ingeniería, el 2 de junio de 2023 allegó resolución frente las preguntas de aclaración y complementación de dicha entidad<sup>15</sup>.

No obstante, lo anterior, no se dará por ahora traslado de este peritazgo hasta tanto, no se alleguen las demás aclaraciones y complementaciones aceptadas por el Despacho. Por lo anterior, se dará aplicación al numeral 2 del artículo 238 del CPC, en el sentido de fijar a la profesional en Ingeniería un término de diez (10) días para resolver las aclaraciones y complementaciones, ya mencionadas.

Frente a las manifestaciones indicadas por la perito contadora, se encuentra demostrado que la causa que le ha impedido presentar el dictamen pericial, obedece a la conducta de la parte actora Consorcio la Libertad 2008 y la entidad Infimanizales, ya que requiere información que ha sido solicitada por la profesional; y esta no ha sido entregada de manera completa. Lo anterior, ha conllevado a requerir varios aplazamientos en la entrega del informe por dicha situación.

Visto lo anterior, se recuerda que en virtud del artículo 242 del CPC, es deber de las partes, colaborar con los peritos, de facilitar los datos, las cosas, y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 39.

En consecuencia, se ordena al Consorcio la Libertad 2008 y a la entidad Infimanizales, entregar la información completa que requiere la profesional en el PLAZO DE DIEZ (10) DÍAS. Para que la perito presente el dictamen dentro de diez (10) días, contados desde la entrega de la información.

En caso de incumplimiento a dicha orden, se dará aplicación al numeral 1 del artículo 39 del CPC, el cual reza: *“Sancionar con multas de dos o cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos y a particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución”*.

Se aplazará la audiencia fijada para el día martes 5 de septiembre de 2023, la cual quedará programada para el día martes 31 de octubre de 2023 a las 9:00 am. La diligencia se llevará a cabo de manera virtual por la aplicación LIFESIZE.

En consecuencia,

### RESUELVE

**PRIMERO: ACCEDER** a la solicitud de aclaración del dictamen pericial solicitado por la entidad INVÍAS.

**SEGUNDO: ACCEDER** a la solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial solicitado por la sociedad CONSORCIO LIBERTAD 2008, a las preguntas 1 a 9; 12; 14 a 20, 23 a 24 y 26. Y se negarán la demás conforme a lo señalado en precedencia.

**TERCERO: ACCEDER** a la a la solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial solicitado por INFIMANIZALES.

**CUARTO: SE ORDENA** un término de diez (10) días, para que la sociedad ALIAR, a través de la profesional se pronuncie sobre las aclaraciones y complementaciones

---

<sup>15</sup> Expedientedigitalarchivo087Notaclaratoria

solicitadas por la entidad INVIAS y sociedad CONSORCIO LIBERTAD 2008, conforme se expuso en el proveído.

**QUINTO: SE ORDENA,** al Consorcio la Libertad 2008 y a la entidad Infimanizales, entregar la información completa que requiere la profesional en contaduría en el PLAZO DE DIEZ (10) DÍAS. Para que la perito presente el dictamen dentro de diez (10) días, contados desde la entrega de la información, so pena de aplicar las sanciones impuestas en el numeral 1 del artículo 39 del CPC.

**SEXTO:** Se fija fecha da audiencia para control de pruebas el día martes 31 de octubre de 2023 a las 9:00 am.

**Notifíquese y cúmplase**



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

|                                                                                                                                        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE<br>CALDAS<br><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u><br><br>No. _____<br><br>FECHA: 04/09/2023<br><br>SECRETARIO (a) |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|