

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUZ YAMILE REYES BONILLA** contra **LA UNIVERSIDAD DE CALDAS** y teniendo en cuenta los siguientes antecedentes se ordena el pago de un título judicial.

En fecha 17 de junio de 2014, se profirió sentencia por el Tribunal Administrativo de Caldas, la cual fue confirmada por el Consejo de Estado mediante sentencia del 31 de marzo de 2022.

La abogada de la parte actora, **Gloria Cecilia Sánchez Osorio** mediante petición presentada el 30 de noviembre de 2022 manifestó:

“...

*4. Mediante Resolución F-864, la Universidad de Caldas, le dio cumplimiento al Fallo Judicial, autorizando el pago por la suma de **\$41.463.096** a favor de la señora **LUZ YAMILE REYES BONILLA**, identificada con la cédula de ciudadanía número 30230686.”*

*5. La Universidad de Caldas, en el párrafo del artículo 1° manifestó “Por ser un pago oficioso la suma referida se debe consignar en la cuenta de depósitos judiciales 170012045002 del Banco Agrario a órdenes del Tribunal Administrativo de Caldas y a favor de la señora beneficiaria **LUZ YAMILE REYES BONILLA**, identificada con la cédula de ciudadanía número 30230686.”*

*6. Mediante Nota debito nivel central 17418, realizó la consignación en el Banco Agrario de Colombia al “Código del Juzgado N° 170012045002 del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, número de proceso 17001233300020130028601 a favor de **LUZ YAMILE REYES BONILLA C.C. 30230686**.*

*7. Al verificar en el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, me informan que, efectivamente allí se encuentra el título número **418030001374671**, por la suma de **\$41.454.510** a favor de la señora **LUZ YAMILE RAMÍREZ BONILLA**, con **C.C. N°30230686**. No obstante, no me pueden hacer entrega del mismo, ya que es competencia del Tribunal Administrativo de Caldas y que dicho despacho deberá solicitar la conversión del título.*

8. Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito a ustedes, oficiar al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, a fin de que realice la conversión del título número 418030001374671, por la suma de \$41.454.510 a favor de la señora LUZ YAMILE RAMÍREZ BONILLA, con C.C. N°30230686, y lo dirija al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS.

9. Igualmente solicito a usted respetuosamente, que como quiera que tengo facultades para recibir, conforme al poder que obra en el expediente, una vez se haga la conversión del título, expida la correspondiente orden de pago, para ser cobrado por la suscrita GLORIA CECILIA SÁNCHEZ OSORIO, C.C. N° 30321685".

Ahora bien, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales mediante correo del 05 de junio de 2023 informó la existencia del Título Judicial nro. 418030001402507 por valor de \$926.403, por concepto de pago de costas del proceso y que corresponde al pago de condena de proceso con radicado No. 17001-23-33-000-2013-00286-00, el cual fue tramitado en el Despacho 01 del Tribunal Administrativo de Caldas, por lo que se solicitó la conversión de dicho título a la cuenta judicial No. 170011001101, correspondiente al Despacho 01 del Tribunal Administrativo de Caldas, para continuar con lo pertinente.

Mediante constancia de paso a Despacho se informa que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales realizó la conversión del título a la cuenta judicial nro. 170011001101 que corresponde a este Despacho, por lo que pasa para resolver la solicitud elevada por la apoderada de la parte actora tendiente a que se le haga entrega de dicho título.

Revisado el poder otorgado por la parte actora, se observa que está facultada para recibir, en consecuencia

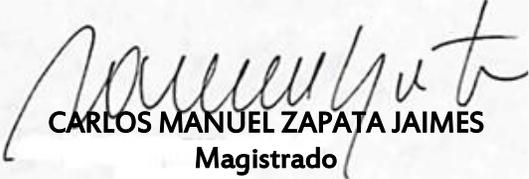
SE ORDENA

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho **ORDENA** se hagan todos y cada uno de los trámites necesarios para el pago del título nro. nro. 418030001402507 por valor de \$926.403 con abono a cuenta, a favor **GLORIA CECILIA SÁNCHEZ OSORIO**, mayor de edad, vecina de Manizales, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.321.685 de Manizales, con Tarjeta Profesional 135.655 del C.S.J., **actuando en calidad de apoderada de la señora LUZ YAMILE REYESBONILLA**, a la cuenta de ahorros nro. 859-828950-61, de **BANCOLOMBIA**.

17001-23-33-000-2013-00286-00 Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Lo anterior, de conformidad con las directrices señaladas por el Acuerdo PCSJA21-11731 del 29 de enero de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 169 del 26 de septiembre de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
- Sala Quinta de Decisión -

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 297

Asunto: Decreta prueba de oficio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2019-00272-02
Demandante: Héctor Fabio Hernández Rojas
Demandada: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 049 del 22 de septiembre de 2023

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Encontrándose el proceso de la referencia para dictar sentencia de segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental:

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE** al Ministerio de Defensa Nacional para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, informen y remitan con destino a este proceso, lo siguiente:

Certificación en la que indique si el señor Héctor Fabio Hernández Rojas, identificado con la cédula de ciudadanía n° 15.920.277 expedida en Riosucio (Caldas), antes de enero 12 de enero de 1994, prestó servicio militar o ejerció actividades de alto riesgo en alguna entidad del Estado. En caso afirmativo deberá informar el periodo de vinculación y las pruebas que den cuenta de la misma.

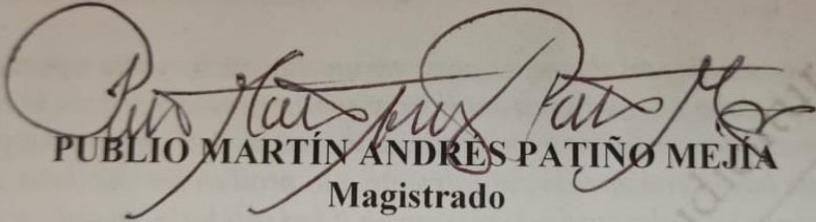
Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

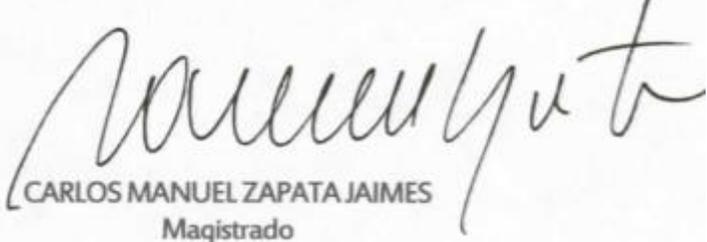
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 169
FECHA: 26/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Reparación Directa
Radicación:	17 001 33 33 003 2015 00294 02
Demandante:	Blanca Nilsa Mejía Sánchez y otros
Demandado:	La Nación – Fiscalía General de la Nación – Sociedad de Activos Especiales – SAE -
Providencia:	Sentencia No. 177

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión a los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y las demandadas contra el fallo que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, proferido por el Juzgado Octavo Tercero del Circuito de Manizales el 03 de septiembre de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

El accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que se Declare a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES O QUIEN HAGA SUS VECES, administrativamente responsable, por los perjuicios materiales y morales causados a la actora y a otros, por la falla en el servicio, por el Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia, desde el momento en que fue ordenado el comiso sin describir plenamente el bien donde ocurrieron los hechos, por parte de la extinta DIRECCIÓN REGIONAL DE FISCALÍAS DIVISIÓN PRIMERA DE APOYO, a pesar de que estaba probado que la propietaria del mismo correspondía a persona distinta y ajena al hecho delictivo, hecho agravado por la demora injustificada en que incurrió la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, respecto del deber de informar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, sobre la existencia de bienes que pueden ser objeto de la acción de extinción de dominio, como

obligación impuesta por el artículo 5 de la Ley 793 de 2002, y la tardanza por parte de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - UNIDAD NACIONAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO, en emitir el fallo que diera fin al proceso, 6 años después de haber sido notificada por la DNE de la obligación de iniciar el proceso de extinción de dominio o devolución del bien, siendo claro que el daño cesó sólo hasta 30 de Julio de 2013, con la anotación en el Folio de Matricula inmobiliaria de CANCELACIÓN DE LA PROVIDENCIA ADMINISTRATIVA - EN LAS CUALES SE NOMBRABAN LOS DEPOSITARIOS Y LAS REVOCATORIAS DE LAS MISMAS, EN ESTE Y OTROS PREDIOS., generando todo lo anterior graves perjuicios materiales y morales a la señora, BLANCA NILSA MEJÍA SÁNCHEZ Y OTROS, quien se vio obligada a sufrir un detrimento patrimonial y moral por las fallas en el servicio, cometidas por las demandadas durante 18 años.

SEGUNDA: En consecuencia y como Reparación del Daño causado, condenar a la NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / DIRECCIÓN NACIONAL DE - ESTUPEFACIENTES O QUIEN HAGA SUS VECES, a pagar a la demandante los perjuicios del orden moral y material, subjetivos y objetivados, actuales conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto en forma genérica.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 195 y Subsiguientes del C.P.A.C.A., aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del IPC, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

CUARTA: La demandada dará cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 y Subsiguientes del C.P.A.C.A.”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez es propietaria del bien inmueble ubicado en la carrera 25 número 14 – 34 del barrio el Bosque de Manizales, como consta en el certificado de tradición.
- Que la señora en mención celebró contrato de arrendamiento con el señor Alberto de Jesús López Salazar el 26 de abril de 1995 por un término de 6 meses.
- Que el día 14 de junio de 1995, la Fiscalía 7 delegada ante los Jueces Penales del circuito ordenó la práctica de la diligencia de allanamiento del bien inmueble mencionado, en la cual fue capturado el señor Jorge Ilder López Salazar, hermano del arrendatario.
- Que la Fiscalía delegada regional de Medellín, mediante providencia de 4 de junio de 1995, define la situación jurídica del señor Jorge Ilder López Salazar, ordenando allí mismo el decomiso del inmueble ubicado en la carrera 25 número

14 – 34 del barrio el Bosque de la ciudad de Manizales; sin discriminar el número del apartamento donde ocurrieron los hechos, omisión que generó el decomiso de toda la propiedad horizontal, propiedad que tenía 4 apartamentos más, de los cuales la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez ya había enajenado uno, siendo su interés la venta de todos.

- Que el 9 de mayo de 2006, 11 años después de la incertidumbre por el decomiso del bien, toda vez que la propietaria de éste no fue vinculada al proceso de extinción de dominio, se profiere la resolución número 0523 de 2006, mediante la cual la Dirección Nacional de Estupefacientes destinó provisionalmente la administración del bien donde ocurrieron los hechos, y de los demás apartamentos de la misma nomenclatura a la entidad Lonja de Propiedad Raíz de Risaralda.

- Que la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez interpone acción de tutela el 12 de junio de 2006 contra la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Fiscalía Delegada Regional de Medellín para la protección de sus derechos fundamentales a la honra, y debido proceso; tutelándose su derecho mediante fallo de 18 de julio de 2006, exhortando a la Dirección Nacional de Estupefacientes informe a la Fiscalía General de la Nación la situación del inmueble.

- Que la Dirección Nacional de Estupefacientes respondió mediante oficio de 25 de julio de 2006 a la Fiscalía General de la Nación – Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos que, el inmueble ubicado en la carrera 25 número 14 - 34 del barrio el Bosque de Manizales, puede encontrarse dentro de las causales de extinción de dominio.

- Que sólo hasta el año 2006 la DNE, dispuso la inscripción de la medida cautelar en folio de matrícula inmobiliaria, no sólo del bien identificado con el folio 100-114556, sino de otros que se identifican con folios 100-114555 y 100-114561 de propiedad de la demandante, a los cuales también se les registró medida cautelar.

- Que la Fiscalía General de la Nación – Unidad Nacional para la Extinción del derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos Fiscalía 34 delegada, mediante resolución de 18 de diciembre de 2012, profirió resolución de abstenerse de iniciar extinción de dominio sobre el bien ubicado en la carrera 25 número 14 – 30/32/34/36/38 del barrio el Bosque de Manizales.

- Que pese a la orden impartida, solo el día 30 de junio de 2013 se realizó la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria, cancelando la medida, y cesando ese día el perjuicio; padecido desde el 4 de julio de 1995, perdiendo la

oportunidad de enajenar sus bienes, trasladándose el perjuicio de un apartamento a los demás.

Fundan el daño los demandantes en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por las omisiones que ocurrieron de manera continuada durante casi 20 años hasta definir la situación del bien de la demandante, ocasionando con ello perjuicios materiales e inmateriales.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Fiscalía General de la Nación. (Fls. 187 a 198 C. 1)

La Fiscalía General de la Nación contesta la demanda pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a las pretensiones, argumentando que, no puede estructurarse en este caso una falla en el servicio o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por cuanto la acción de extinción de dominio está contemplada en el artículo 34 de la constitución política, y porque el trámite fue iniciado en vigencia de la ley 793 de 2002.

Sostiene que cuando se adelantó la actuación contra el inmueble propiedad de la demandante, lo hizo porque concurrían algunas causales previstas en las reglas propias de la extinción de dominio, estando facultada para adelantar el proceso de extinción de dominio contra la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez, por estar vinculado al señor Jorge Ilder López Salazar, hermano del arrendatario de la señora en mención, el cual fue capturado en flagrancia en un apartamento propiedad de la mentada señora, por ser un expendio mayorista de alucinógenos.

Refiere que, para que se de la falla en la prestación del servicio, se requiere el incumplimiento de obligaciones constitucionales y legales, y que, en el presente asunto, si la Fiscalía se abstuvo de dar inicio al proceso de extinción de dominio contra el bien inmueble de propiedad de la demandante, fue por la concurrencia de causales previstas en la ley, pues a partir de la materialización en la retención del bien, éste entra, por disposición de la ley 785 de 2002 a ese proceso, no obstante, la Fiscalía nunca administró el bien en discusión, el cual era responsabilidad de la Dirección Nacional de Estupefacientes, argumentando la ausencia de nexo causal.

Propone como excepción el hecho tercero no imputable a la Fiscalía.

3.2. Sociedad de Activos Especiales – SAE – (Fls. 214 a 219 C. 1A)

La Sociedad de Activos Especiales, en adelante SAE contesta la demanda manifestando que no existe en este asunto prueba ni argumento relacionado con que la SAE haya ocasionado perjuicios a los demandantes y se refiere a la naturaleza jurídica de la Dirección Nacional de Estupefacientes en liquidación, aduciendo que sólo realiza funciones administrativas, sin que dentro de ellas estén las de ocupación, decreto de suspensión del poder dispositivo de los bienes objeto de los procesos de extinción de dominio, por ser funciones que se encuentran de manera exclusiva en la Fiscalía General de la Nación.

Sostiene que por cuanto la Dirección Nacional de Estupefacientes era la unidad adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, solo realizaba funciones administrativas, de manera, que no tenía la competencia para ordenar la incautación, la diligencia de ocupación, y suspensión del poder dispositivo del bien inmueble ubicado en la carrera 25 número 14 – 34 del barrio el Bosque de Manizales, por lo que la SAE no incumplió ningún deber legal ni constitucional.

Afirma que, no se encuentran acreditados los perjuicios morales solicitados en la demanda, y que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad de la SAE por cuanto ésta no ordenó las medidas de embargo sobre el inmueble propiedad de la demandante.

Finalmente, propone las excepciones que denomina *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de mora en la devolución de los inmuebles”, “Inexistencia de daño”, “Inexistencia de falla en el servicio”, “Inexistencia del deber de reparar a los demandantes”, “Falta de sustento probatorio, de hecho y legal de los perjuicios reclamados”* y *“Genérica”*.

4. Sentencia de primera instancia. (Fls. 263 a 273 C.1A.)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia 372 de 03 de septiembre de 2019 resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR INFUNDADAS las excepciones denominadas “Hecho de un tercero no imputable a la Fiscalía”, propuesta por La Fiscalía General de la Nación y “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de mora en la devolución de los inmuebles”,

"Inexistencia del daño", "Inexistencia de falla en el servicio", "Inexistencia del deber de reparar a los demandantes" y "falta de sustento probatorio, de hecho y legal de los perjuicios reclamados".

SEGUNDO.- DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. como sucesora procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes, en un 60% y la Fiscalía General de la Nación en un 40%, por los perjuicios causados a los demandantes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Sociedad de Activos Especiales SAS en un 60% y la Fiscalía General de la Nación en un 40%, a pagar a la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, las siguientes sumas de dinero:

BLANCA NILSA MEJIA SÁNCHEZ \$225.778.838
Sociedad de Activos Especiales S.A.S. en un 60% \$135.467.302,8
Fiscalía General de la Nación - en un 40% \$90.311.535,2

CUARTO. Se condena en abstracto a la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. como sucesora procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes, y a la Fiscalía General de la Nación, al pago del lucro cesante a favor de BLANCA NILSA MEJIA SÁNCHEZ, del equivalente a la liquidación que se obtenga una vez se acompañe la prueba idónea necesaria para acreditar el monto de los cánones de arrendamiento dejados de percibir, respecto de los demás apartamentos frente a los cuales se reclaman perjuicios, sin pasar los límites temporales de la condena, esto es, del 4 de Julio de 1995 y hasta el 30 de julio de 2013. El incidente deberá presentarse en el término de sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de conformidad con el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,

QUINTO. LA SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN darán cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

SEXTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO. CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, en la suma de \$2.743.900, Esta suma será asumida en un 60% para LA SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S, es decir por valor de 1.646.340; y en un 40% para la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es decir por valor de \$1.097.560.

OCTAVO. Expídanse a costa de la interesada, las copias auténticas que sean solicitadas, con observancia de los parámetros legales establecidos en el artículo 114 del Código General del Proceso. Repu

NOVENO. EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHIVASE previas las anotaciones del caso en el programa Justicia XXI."

El Juez de primera instancia hace un estudio del régimen de responsabilidad aplicable al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, exponiendo que para que se configure éste deben concurrir que el daño se produzca por acciones u omisiones diferentes a providencias judiciales necesarias para adelantar un proceso; que provenga de funcionarios judiciales y particulares que ejerzan funciones jurisdiccionales; y que, exista un funcionamiento defectuoso de lo que debería ser un ejercicio adecuado de la función judicial.

Luego se remite al marco de las competencias de las entidades demandadas frente a la extinción de dominio, y hace un estudio de las pruebas que reposan dentro del proceso; afirmando que el daño se encuentra acreditado en la demora de la devolución del inmueble propiedad de la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez con matrículas inmobiliarias números 100-114555, 100-114556 y 100-114561.

Frente a la imputabilidad del daño a las entidades demandadas considera que, de la prueba documental obrante en el expediente, se advierte que a través de decisión emitida el 4 de julio de 1995, la Fiscalía Delegada Regional de Medellín ordenó el decomiso del inmueble ubicado en la carrera 25 número 14-34 del Barrio el Bosque de la ciudad de Manizales propiedad de la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez y puso este bien a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes; y que, solo 11 años después la Dirección Nacional de Estupefacientes mediante Resolución número 0523, destinó provisionalmente la administración del inmueble a la Lonja de Propiedad Raíz de Risaralda.

Expone que el 12 de junio de 2006, la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez interpuso acción de tutela contra la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Fiscalía Delegada Regional de Medellín, solicitando la suspensión de la medida privativa de su derecho de dominio sobre el bien de su propiedad; y que, en el fallo de tutela se ordenó a la Dirección Nacional de Estupefacientes, que informara a la Fiscalía si el inmueble se encontraba dentro de la causal de extinción de dominio.

Hechos que para el Juez de instancia, resultan reprochables, por cuanto la DNE no ejerció ninguna acción para efectos de dar trámite a la extinción de dominio tal como lo previó el artículo 8 de la Ley 333 de 1996, de manera que, la

Dirección Nacional de Estupefacientes se encontraba legitimada para iniciar de oficio la acción de extinción de dominio, no obstante, no lo hizo sino hasta que la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez interpuso la referida acción de tutela contra la misma y la Fiscalía Delegada Regional de Medellín.

Que sólo mediante Oficio SBI (URB) 2157 del 28 de julio del 2006, solicitó a la Unidad Nacional para la extinción de dominio de la Fiscalía General de la Nación, determinar si había lugar o no al inicio de la acción para la extinción de dominio en la propiedad de la señora Mejía Sánchez, tal como lo prevé el artículo 5 de la Ley 793 del año 2002; y que la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. como sucesora procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes, tenía la competencia para iniciar de oficio la acción de extinción de dominio y así mismo el deber de informar a la Fiscalía General de la Nación sobre la existencia del bien de propiedad de la demandante, lo que tampoco ocurrió.

Situaciones mencionadas que resultan injustificadas, pues con ello se privó a la demandante de definirse por la autoridad competente en un término razonable su situación respecto del inmueble de su propiedad; lo cual constituye una carga que la señora Blanca Nilsa Mejía no tenía la obligación de soportar.

Respecto de la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, considera el Juez que, no justifica la razón por la cual después de que se le comunicó el 28 de julio de dicho año, mediante el Oficio SBI (URB) 2157, acerca de la situación del inmueble de la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez, esta entidad se tardó más de 6 años para definir la misma. Toda vez que, en la resolución del 18 de septiembre de 2012, dictada por la Fiscalía 34 delegada de la Unidad de Extinción de Dominio, resolvió abstenerse de iniciar extinción de dominio sobre el inmueble; indicándose allí que mediante resolución No. 1000 del 14 de agosto del 2006 se designó a la propia Fiscalía 34 para adelantar el trámite de extinción de dominio de la mencionada propiedad de la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez.

Manifiesta el Juez que, no obra prueba dentro del proceso que justifique la mora de la Fiscalía 34, concluyendo que en este asunto se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia tanto Sociedad de Activos Especiales S.A.S. en calidad de sucesora procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes, como la Fiscalía General de la Nación, quienes incurrieron en

comportamientos reprochables frente a sus deberes de adelantar el proceso correspondiente de extinción de dominio sobre el inmueble mencionado de manera oportuna; y que, al estar demostrada la falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se condenará a las entidades demandadas teniendo en cuenta el tiempo que se demoró cada una de ellas en resolver la situación de la demandante en el ejercicio de sus funciones, en un 60% a la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. como sucesora procesal de la Dirección Nacional de Estupefacientes y en un 40% a la Fiscalía General de la Nación.

Seguidamente, estudia el hecho de un tercero, y considera que, si bien en el caso sub examine, el decomiso del inmueble de la demandante se originó por el allanamiento de su vivienda y la captura del señor Jorge Ilder López Salazar, lo cierto es que los hechos que originaron el daño alegado en la demanda, no tienen correspondencia con el referido ciudadano, sino con la demora en la sustanciación y resolución de fondo del trámite de extinción de dominio del inmueble sujeto a decomiso en el año 1995, y que fuera devuelto solo hasta el año 2013, por lo que niega la excepción propuesta.

Frente a los perjuicios morales solicitados, niega éstos por falta de prueba de afectación del buen nombre y honra de la demandante, siendo insuficientes los testimonios rendidos para conceder los mismos.

De igual manera, niega el daño emergente solicitado por falta de acreditación del mismo y accede al reconocimiento de lucro cesante en virtud de contrato de arrendamiento que estaba vigente al momento de los hechos, ello frente a uno de los apartamentos propiedad de la demandante; y condena al pago en abstracto, para lo que se allegará prueba de los cánones de arrendamiento dejados de percibir respecto de los demás apartamentos frente a los cuales se reclaman los perjuicios.

Finalmente, se pronuncia sobre la condena en costas, condenando a las partes demandadas, y fijando agencias en derecho en un 60% a la Sociedad de Activos Especiales SAS, y a la Fiscalía General de la Nación en un 40%.

5. Recurso de apelación.

- Demandada Fiscalía General de la Nación (Fls. 277 a 285 C. 1A)

La demandada Fiscalía General de la Nación en su recurso de apelación reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda al considerar que la Fiscalía no incurrió en defectuoso funcionamiento de la administración de justicia al no encontrarse acreditada una mora injustificada como lo dijo el Juez de instancia; pues el juzgado solo tuvo como referencia el tiempo transcurrido entre el momento en que se puso en conocimiento por parte de la DNE la situación de los bienes de la demandante para iniciar la acción de extinción de dominio y la fecha en que resolvió ésta; y que, debía tener en cuenta otras pruebas como la complejidad del asunto, o las cargas laborales del despacho.

Argumenta la Fiscalía que, al no haberse aportado por la parte demandante los elementos probatorios necesarios para establecer una dilación injustificada por parte de los funcionarios que tenían a cargo el proceso, no puede configurarse el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Se pronuncia sobre la indemnización de los perjuicios, aduciendo que no corresponde a la Fiscalía General de la Nación el pago de éstos, por cuanto no tienen en sus funciones la administración de los bienes objeto de extinción de dominio, y sostiene que, era la DNE, hoy SAE, quien debía recibir los bienes vinculados directa o indirectamente a los procesos de extinción de dominio, quien además nombró como depositaria a la Lonja de Propiedad Raíz de Risaralda.

Refuta la demandada Fiscalía el reconocimiento de lucro cesante, y considera que no debía ser reconocidos ni consolidado ni en abstracto por cuanto no se encuentran acreditados, pues durante el periodo comprendido entre el 14 de agosto y el 6 de mayo de 2008, no reposa sobre el bien ninguna limitación al derecho de dominio; y destaca que si la demandante afirma haberle hecho mejora a sus bienes, solicitando sumas por concepto de mantenimiento y reparaciones locativas, eso da cuenta que si tenía la posesión del bien.

Objeta finalmente la condena en costas, y afirma que no actuó con temeridad o mala fe, por lo que no había lugar a su imposición, y, solicita se revoque la

sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

- Demandada Sociedad de Activos Especiales – SAE – (Fls. 294 a 297 C. 1A)

La demandada SAE interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y sostiene que no fue la generadora del daño que se imputa; que desde el momento de la incautación del bien, se suspendió de facto el poder dispositivo de los propietarios, y que, mediante la figura de depósito provisional se ejerce la administración del bien, hasta tanto la autoridad judicial expresamente ordene la devolución al particular.

Que en este asunto el decomiso del bien se originó en delitos de narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato y conexos, por su vinculación a una acción de extinción del derecho de dominio, por lo que debía ponerse a disposición de la DNE el bien, y hace una exposición normativa relacionada con el asunto.

Sostiene que, no es viable afirmar que la demandada no tiene la competencia ni facultad jurisdiccional para ordenar la devolución del inmueble, y afirma que el daño alegado lo causó la Fiscalía General de la Nación, por ser ella misma quien ordenó la devolución del inmueble, quien debía resolver la situación jurídica del mismo.

Resalta que, no se tuvieron en cuenta las gestiones del extinto DNE con el fin de comunicar a la demandante las decisiones adoptadas con relación a su bien inmueble; y debate el reconocimiento de perjuicios materiales, porque, a su juicio, éstos no se encuentran acreditados, y, solicita que se revoque la sentencia apelada.

- Parte demandante (Fls. 298 a 300 C.1A.)

La apoderada judicial de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en lo relacionado específicamente con los perjuicios morales y daño emergente, argumentando que existe declaración extra juicio rendida por el señor Juan Manuel Morales Parra, quien da cuenta de la afectación padecida por la demandante; y sostiene que sí está demostrada la

afectación económica, se entiende que por ello hay angustia y congoja por dicha situación.

Frente a la negación del reconocimiento del daño emergente por falta de acreditación, expone que las pruebas aportadas dan cuenta de los gastos en que incurrió la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez por acudir a los servicios de un abogado, propender por el mantenimiento de sus bienes inmuebles sin estar recibiendo una contraprestación por concepto de arrendamiento, y solicita se acceda al reconocimiento de los perjuicios morales y daño emergente solicitados.

6. Alegatos segunda instancia.

- Demandada Sociedad de Activos Especiales - SAE - (Fls. 16 a 19 C. 3)

La demandada SAE reitera los argumentos presentados en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación; especialmente lo relacionado con la inexistencia de falla del servicio, pues el daño que se aduce es el resultado de decisiones judiciales, no de administración del bien por parte de la SAE.

Sostiene que no hay sustento probatorio para acceder al reconocimiento de los perjuicios solicitados, y aduce la inexistencia de daño antijurídico atribuible a ella, solicitando se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

- Fiscalía General de la Nación (Fls. 21 a 25 C. 3)

La demandada Fiscalía General de la Nación reitera en su totalidad los argumentos presentados en el recurso de apelación interpuesto.

- Parte demandante (Fls. 27 y 28 C. 3)

La apoderada judicial de la parte demandante reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, aduciendo la acreditación de los perjuicios morales y daño emergente, solicitando se acceda a su reconocimiento.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto, como dice la constancia secretarial de 11 de noviembre de 2020 (Fl. 29 C. 3).

I. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

Corresponde al Tribunal en esta instancia, de acuerdo con los fundamentos de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandadas determinar:

- ¿Se encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico padecido por los demandantes con ocasión al decomiso del bien inmueble propiedad de la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez?

En caso afirmativo,

- ¿Se demostró que la Fiscalía General de la Nación y la Sociedad de Activos Especiales – SAE -, incurrieron en falla en el servicio en el presente asunto?

- En caso de que se configure responsabilidad endilgada ¿se encuentran acreditados los perjuicios alegados por la parte accionante?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos acreditados; **ii)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **iii)** régimen de responsabilidad aplicable; y **v)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto.

2. Régimen de responsabilidad estatal.

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

administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

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

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

Ahora, para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario tener presente las imputaciones que hacen los demandantes a las entidades demandadas, quienes reputan de la Fiscalía General de la Nación y de la Dirección Nacional de Estupefacientes, actualmente Sociedad de Activos Especiales – SAE – un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia desde el decomiso del bien y, por no poner iniciar oportunamente la acción de extinción de dominio para finalizar oportunamente al proceso con la devolución del bien. Debiéndose estudiar la responsabilidad de la Fiscalía por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y de la SAE por falla en la prestación del servicio como consecuencia de la producción de daños en

cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada¹; teniendo presente que previo al estudio de la responsabilidad de cada una de las demandadas, se hace necesario en primer lugar verificar la existencia del elemento del daño.

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

3. Pruebas relevantes.

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

- Copia del certificado de tradición del inmueble propiedad de la demandante, señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez números de matrícula 100-114556, 100-114555 y, 100-114561, de fechas 4 de marzo de 2014 de los cuales se extrae (Fls. 59 a 64 C. 1):

Dirección carrera 25 número 14 – 34

“(…)

Anotación número 3 de 6 de mayo de 2008

Resolución 0523 de 13 de septiembre de 2006

Dirección de Estupefacientes de Bogotá

Especificación: otro. Nombramiento como depositario provisional de este y otros predios.

Personas que intervienen en el acto

De: Dirección Nacional de Estupefacientes Bogotá.

A: Corporación Lonja de Propiedad Raíz de Risaralda

Anotación número 5 de 4 de marzo de 2010

Resolución 0284 de 4 de febrero de 2010

Dirección de Estupefacientes Manizales

Especificación: Cancelación: 0841 Cancelación de providencia judicial – ordena revocar la resolución 0523 de 9 de mayo de 2006. Remover del cargo de depositario provisional a la Lonja de Propiedad Raíz de Risaralda y nombrar otro depositario provisional en este y otros predios.

Personas que intervienen en el acto

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicado número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114).

*De: Dirección Nacional de Estupefacientes
A: Sociedad de Activos Especiales – SAE -*

*Anotación número 6 de 18 de marzo de 2011
Resolución 1956 de 31 de diciembre de 2010
Dirección Nacional de Estupefacientes Bogotá
Especificación: Ordenar revocar resoluciones (...) y nombrar a la
Sociedad de Activos Especiales – SAE – S.A.S. como depositaria
provisional en este y otros predios.
Personas que intervienen en el acto
De: Dirección Nacional de Estupefacientes
A: Sociedad de Activos Especiales – SAE –*

*Anotación número 7 de 30 de julio de 2013
Resolución 0428 de 18 de julio de 2013
Dirección Nacional de Estupefacientes en liquidación Bogotá
Especificación: Cancelación: 0842 Cancelación de providencia
administrativa - en las cuales se nombran los depositarios y las
revocatorias de las mismas, en este y otros predios.
Personas que intervienen en el acto
De: Dirección Nacional de Estupefacientes en liquidación. (...)"*

Las anteriores anotaciones son idénticas en los certificados con folios de matrícula 100-114556, 100-114555 y 100-114561

- Copia de contrato de arrendamiento para vivienda urbana VU-1570132 (Fl. 57 C. 1), del que se extrae que la señora Blanca Nilsa Mejía en calidad de arrendadora, arrendó el bien inmueble con dirección carrera 25 número 14 – 34 el 26 de abril de 1995 con una duración de 6 meses al señor Alberto de Jesús López Salazar.

- Copia de la resolución de situación jurídica del señor Jorge Ilder López Salazar Providencia 181448 de 4 de julio de 1995 proferida por la Fiscalía Delegada Regional de Medellín (Fls. 24 a 27 C. 1) de la cual se extrae:

Conforme a los datos consignados en el informe de fls. 1, se tiene conocimiento que en una diligencia de allanamiento practicada el 14 del pasado mes a la residencia ubicada en la cra. 25 Nro. 14-34 del barrio El Bosque en la ciudad de Manizales, la policía de la Sijín - Decal decomisó gran cantidad de material estupefaciente, (4.615 gramos) elementos propios para el empaque de esta sustancia y la suma de 187.000 producto al parecer de la venta de la sustancia. En el operativo fue retenido el morador de la vivienda, JORGE ILDER LOPEZ SALAZAR.

Al informativo se allegó la respectiva orden de allanamiento para el Inmueble antes mencionado, fundada -según el Jefe de la Sijín- en información anónima en la cual hacían saber que en el lugar antes indicado existía una "venta de droga". Montado el operativo de vigilancia previo al allanamiento, se logró Interceptar el vehículo tipo Taxi, de placas WBA-652 en el cual se movilizaba la dama JANETH CORREA quien habla salido del inmueble al cual se le hacía seguimiento, llevando a la altura de sus caderas la cantidad de 2.000 gramos de sustancia al

parecer "Base de Coca".

En el allanamiento practicado al lugar señalado por la informante, se decomisó la sustancia y se produjo la retención de JORGE ILDER LOPEZ SALAZAR.

Escuchado en sus descargos el encartado LOPEZ SALAZAR, desde el primer momento manifiesta estar enterado de los motivos de su retención y al efecto afirma que el material decomisado en su residencia lo había llevado en esa semana, un señor "TOCAYO" quien le pagaba arriendo y "un sustento"; pues que recibía la droga -dice- y también recibía el dinero producto de la venta y lo guardaba, aceptando que sólo vendió "bazuco" en una ocasión que vendió 100 gramos por \$ 187.000 y también a un vicioso algunas papeletas. Sin embargo, al finalizar la diligencia dice que él solamente guardaba la sustancia porque el arriendo lo recibía la dueña de "todo eso" de nombre NILSA. Afirma igualmente que tenía pleno conocimiento que negociar con estupefacientes "era un delito" y que, sabía que lo que el señor "Tocayo" le habla entregado para guardar era "material estupefaciente".

(...)

En conclusión: porque la prueba aportada hasta el momento satisface con holgura las exigencias de tipo procedimental para una medida de aseguramiento en contra del acusado JORGE ILDER LOPEZ S., el Despacho proferirá en su contra la de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por infracción a la Ley 30 de 1.986.

En cumplimiento a dispuesto en el artículo 47 de la Ley 30 de 1986, se ordena el decomiso del inmueble objeto de allanamiento, vale decir, el ubicado en la Cra. 25 Nro. 14-34 del Barrio El Bosque de la ciudad de Manizales, al igual que la suma de ciento ochenta y nueve mil pesos (\$ 189.000) contenidos en el título del Banco Popular de Manizales visible a fls. 23, los cuales deberán ser dejados a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes.

En razón y mérito a las consideraciones antes expuestas, esta Fiscalía.

RESUELVE:

Primero. -Proferir en contra del acusado JORGE ILDER LOPEZ SALAZAR, medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el ilícito previsto y sancionado en el artículo 33 inciso 10. de la ley 30 DE 1986, con el cual resulta afectado la salubridad pública.

Segundo. Ordenase el decomiso del inmueble ubicado en la Cra. 25 nro. 14-34 barrio el Bosque de la ciudad de Manizales, al igual que de la suma de ciento ochenta y nueve mil pesos (\$ 189.000) contenidos en el título obrante a fls. 23 del c. original, los cuales -desde hoy- pasan a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes, para los fines pertinentes.

Tercero. Por Secretaria Común División Primera de Apoyo, procédase a comunicar oportunamente al Consejo Nacional de Estupefacientes la decisión tomada respecto de los bienes incautados, remitiendo a dicha dependencia copia de la presente resolución. Cuarto. Para la notificación de este proveído, procédase en la forma indicada en el artículo 194 del C. de P. Penal; así mismo, dese aplicación al artículo 413 ídem.

- Copia de la resolución número 0523 de 20 de mayo de 2006 de la Dirección Nacional de Estupefacientes "por medio de la cual se nombra como depositaria provisional a la Corporación Lonja de Propiedad raíz de Risaralda", (Fls. 29 y 30 C. 1) que consideró:

"(...) CONSIDERANDO

Que la Fiscalía General de la Nación, dejó a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, los bienes que a continuación se relacionan, por su vinculación dentro de procesos adelantados por los delitos de narcotráfico, enriquecimiento ilícito, testaferrato y conexos, o por su afectación dentro de una acción para la extinción del derecho de dominio; nombrando en su momento como depositarios provisionales o custodios, a las personas que se indican en cada caso:

(...)

CALDAS – MANIZALES

Ubicación: Casa en la carrera 25 número 14 – 34

Depositario: por establecer.

Matrícula inmobiliaria: 100-114556, 100-114561, 100-114555, 100-114560 (...)"

- Copia de la sentencia de tutela de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín de 18 de julio de 2006, radicado 05001-22-04-000-2006-0409, cuya accionante es la ahora demandante, Blanca Nilsa Mejía Sánchez contra la Dirección Nacional de Estupefacientes y Fiscalía Regional Delegada de Medellín (Fls. 32 a 41 C. 1) en la cual se consideró y resolvió:

"(...) 1 VISTOS

Decide la Sala la acción de tutela presentada por la señora BLANCA NILSA MEJÍA SÁNCHEZ, en contra de la Dirección Nacional de Estupefacientes, Subdirección de Bienes, y de la Fiscalía Delegada Regional de Medellín por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la honra.

(...)

Utilizando esta acción constitucional, la señora BLANCA NILSA MEJÍA SÁNCHEZ pretende hacer cesar toda perturbación sobre el dominio que tiene del inmueble ubicado en la carrera 25 No. 14 - 34 de Manizales (Caldas); alegando para ello la afectación del debido p proceso, pero de entrada observa la Sala que, en relación con lo reclamado, se pretende recuperar oportunidades pérdidas.

Del escrito de tutela suscrito por la actora se infiere claramente que ésta conoció en su momento la existencia de una resolución proferida por la Fiscalía Delegada Regional de Medellín en donde se ordenaba el decomiso del bien. Como ello data del año 1.995, resulta incomprensible que no haya Intervenido para cuestionar la justicia o validez de la actuación, ya que pudo haberse constituido como tercero incidental dentro del proceso. Esta oportunidad procesal fue desperdiciada por la accionante, por tanto, en principio, no es posible acceder a que se revivan etapas procesales ya clausuradas, pues esta acción

constitucional tiene un carácter subsidiario derivado del mismo texto constitucional, con el fin de impedir que se convierta en un instrumento procesal sustitutivo o alternativo de los otros medios judiciales de protección.

(...)

Lo anterior demarca que el juez constitucional no entrará a remover la decisión judicial que afecta el bien, pues además esta decisión le compete a la justicia ordinaria.

Ahora, como medió una decisión judicial de decomiso que aún sigue vigente, le corresponde a la Dirección Nacional de Estupefacientes actuar como depositario del bien incautado, de conformidad con las disposiciones legales existentes sobre la materia, lo que se corrobora con lo estipulado en la ley 30 de 1986, el Decreto 1461 de 2000, la ley 785 de 2002 y la ley 793 de 2002. Por tanto, no puede predicarse una violación al debido proceso por parte de esa entidad, desde el punto de vista de su competencia para actuar.

Aún más, si lo pretendido es la revocatoria directa de la resolución 0253 de 9 de mayo de 2006, en donde se concede el depósito provisional del bien, lo procedente es intentarlo inicialmente frente a la misma entidad, de lo cual no hay constancia ni se da noticia.

Pero ocurre que con las circunstancias concretas del bien su situación resulta incierta, lo cual se explica porque no se decretó el comiso del bien, aparentemente por no haberse vinculado procesalmente a los titulares del mismo; causa que, aunque no se expresó, resulta siendo cierta.

Por consiguiente, la presunta violación al debido proceso por parte del Juzgado Regional de Medellín, quien era competente para emitir la providencia al respecto, no se produce sustantivamente porque debía inhibirse de decidir de fondo para no afectar el derecho de los titulares no citados, como es el caso de la solicitante.

(...)

Ahora bien, una vez se estableció esta circunstancia, la Dirección Nacional de Estupefacientes, así como otras entidades, tenían el deber de informar a "la Fiscalía General de la Nación, sobre la existencia de bienes que pueden ser objeto de la acción de extinción de dominio", obligación impuesta en el artículo 5 de la ley citada; por consiguiente, entiende esta Sala que se ha afectado el debido proceso al no haberse informado concretamente de este bien para que se proceda, si es del caso, a la extinción de dominio o a su devolución.

(...)

En síntesis, juzga la Sala que en presente evento existe vulneración del derecho fundamental al debido proceso; pero no por mantenerse bien decomisado, pues para ello medió orden judicial; no porque se haya dado en depósito el bien, pues ello hace parte de la potestad deber de la accionada, sino por promover que la Fiscalía dé inicio a la acción de extinción de dominio, razón por la cual la protección de este derecho consistirá en ordenar a la Dirección Nacional de Estupefacientes, Sub dirección de Bienes que le dé cumplimiento al artículo 5 de la ley 793 de 2002 y le comunique de modo concreto a la Fiscalía General de la Nación que el bien pretendido por la actora puede encontrarse dentro de las

causales de extinción de dominio, de modo que, si es del caso, se dé inicio a dicho proceso o se decida sobre la devolución del bien.

(...)

Primero: Tutelar el derecho al debido proceso de la señora BLANCA NILSA MEJÍA SÁNCHEZ. En consecuencia, exhortar a la Dirección Nacional de Estupefacientes, Subdirección de Bienes para que informe a la Fiscalía General de la Nación que el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 14 34 de la ciudad de Manizales, departamento de Caldas, eventualmente se encuentra en causal de extinción de dominio. Para ello se concede un término de 8 días a partir de la notificación de esta providencia y deberá informar a esta Sala el cumplimiento de lo ordenado.

Segundo: De no ser impugnada esta sentencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

- Copia de la citación de la Fiscalía General de la Nación a la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez de 19 de diciembre de 2012, para notificar sobre el documento número 3946 mediante el cual se abstiene de decretar extinción de dominio (Fl. 43 C. 1).

- Copia del documento radicado número 3946 E.D. de la Unidad para la Extinción del Dominio contra el Lavado de Activos, Fiscalía 34 Delegada de fecha 18 de diciembre de 2012 (Fls. 46 a 56 C. 1) de la que se extrae:

“(...) I.- ASUNTO A TRATAR

Entra esta fiscalía a estudiar la viabilidad de abstenerse o iniciar trámite de extinción de dominio sobre el bien inmueble ubicado en la ciudad de Manizales Caldas en la carrera 25 N° 14-34/32/34/36/38, Edificio Las Emes, barrio El Bosque, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el plenario y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5° de la ley 793 de 2002.

(...)

PRIMERO: ABSTENERSE de iniciar Extinción de Dominio sobre el bien ubicado en Manizales Caldas, en la carrera 25 N° 14-30/32/34/36/38, Barrio El Bosque, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y una vez esta resolución quede ejecutoriada, ordenar a la DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES EN LIQUIDACION, el Levantamiento de la medida cautelar que pesa sobre los bienes inmuebles identificados con los folios de matrículas N° 100-114555; 100-114556; 100- 114560 y 100- 114561, como también la entrega de los bienes inmuebles afectados y descritos en esta providencia a la señora BLANCA NILSA MEJIA SANCHEZ, o en su defecto a la persona que a la fecha de proferir esta providencia se encuentre registrada en el folio de matrícula respectivo como propietario del inmueble.

TERCERO: Notificar esta decisión a la DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES EN LIQUIDACION, al MINISTERIO PUBLICO, al doctor EDGAR GIL VERA, apoderado de la señora BLANCA NILSA MEJIA SANCHEZ, y a la señora MEJIA SANCHEZ. (...)

4. Del daño en el presente asunto.

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

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

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

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

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

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

4.1. De lo probado en el presente asunto.

Dentro del asunto bajo estudio se encuentra acreditado lo siguiente:

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

- La señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez es propietaria del bien inmueble ubicado en la carrera 25 número 14 – 34, barrio el Bosque de la ciudad de Manizales.
- La señora en mención, tenía suscrito contrato de arrendamiento con el señor Alberto de Jesús López Salazar el 26 de abril de 1995 con una duración de 6 meses.
- Mediante providencia de 4 de julio de 1995, proferida por la Fiscalía delegada Regional de Medellín se resolvió ordenar el decomiso del bien inmueble antes mencionado, por cuanto en allanamiento realizado en el mismo se encontró y decomisó gran cantidad de estupefacientes, ello con ocasión de una llamada anónima que informó que allí se comercializaban éstos; reteniendo en dicho lugar al señor Jorge Ilder López Salazar, hermano del arrendatario; detenido que, además acepta los cargos formulados, acepta negociar con estupefacientes y que ello es un delito.
- En la medida decretada se dice ordenar el decomiso, sin más consideraciones sobre el uso, goce y disfrute del bien.
- El 20 de mayo de 2006, mediante resolución número 0523 la Dirección Nacional de Estupefacientes nombra como depositaria provisional a la Corporación Lonja de Propiedad Raíz de Risaralda del bien decomisado, sin que tampoco allí, se hagan consideraciones relacionadas con la limitación a la tenencia, uso y goce del bien.
- Solo en el año 2006, la demandante solicita se resuelva la situación del inmueble, y, en fallo de tutela se ordena *“exhortar a la Dirección Nacional de Estupefacientes, Subdirección de Bienes para que informe a la Fiscalía General de la Nación que el inmueble ubicado en la carrera 25 No. 14 34 de la ciudad de Manizales, departamento de Caldas, eventualmente se encuentra en causal de extinción de dominio”*.
- El 18 de noviembre de 2012 se expide documento por la Unidad para la Extinción del Dominio, Fiscalía 34 delegada de Medellín, en el cual se abstiene de iniciar Extinción de Dominio sobre el bien ubicado en Manizales Caldas, en la carrera 25 N° 14-30/32/34/36/38, Barrio El Bosque; y, ordena a la Dirección Nacional de Estupefacientes en Liquidación, el Levantamiento de la medida cautelar que pesa sobre los bienes inmuebles mencionados.
- Obran dentro del proceso 3 certificados de tradición de diferente matrícula inmobiliaria con la misma dirección, carrera 25 número 14 – 34 en los cuales se evidencian anotaciones del 6 de mayo de 2008, donde se inscribe la resolución 0523 de 13 de septiembre de 2006, donde la DNE nombra como depositaria

provisional del predio a la Lonja de Propiedad Raíz de Risaralda; el 4 de marzo de 2010, se hace la cancelación de providencia judicial, revocando la resolución mencionada anteriormente. El 18 de marzo de 2011 se inscribe el nombramiento de la Sociedad de Activos Especiales – SAE – como depositaria provisional del predio; y, finalmente, el 30 de julio de 2013 se inscribe la cancelación de la providencia en la cual se nombra a otros depositarios por parte de la DNE, quedando el bien sin otras inscripciones.

De lo expuesto esta Sala concluye que:

El bien inmueble de propiedad de la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez fue decomisado por cuanto en éste se realizaban actividades ilícitas relacionadas con el comercio de estupefaciente, y, en virtud de una orden judicial, éste se decomisó y se dispuso como depositaria del mismo inicialmente a la Lonja Propiedad Raíz de Risaralda; y, posteriormente a la Sociedad de Activos especiales – SAE-.

Si bien es cierto que mediante providencia número 181448 de 4 de julio de 1995 proferida por la Fiscalía Delegada Regional de Medellín mediante la cual se resuelve la situación jurídica del señor Jorge Ilder López Salazar, se resolvió ordenar el decomiso del bien inmueble propiedad de la demandante, ubicado en la carrera 25 número 14 – 34 del Barrio el Bosque de la ciudad de Manizales, también es cierto que, con ocasión a ello no se evidencia una actuación por parte de las autoridades, tendiente a afectar el derecho de dominio de la demandante, que comprende el derecho disponer, usar y gozar del bien. Ello por cuanto no se observa dentro del proceso prueba documental alguna que evidencie mediante acta o actuación de la autoridad competente, un procedimiento para la privación de tenencia del bien.

Según el artículo 669 del Código Civil contempla la definición de dominio la siguiente:

ARTÍCULO 669. Concepto de dominio. *El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.*

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.”

De acuerdo a la definición en mención, en concordancia con lo expuesto, en este caso, se itera, a la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez no se le afectó el derecho de dominio, por lo que pudo gozar y disponer de su bien, sin que se haya demostrado lo contrario dentro del asunto.

El tema central de discusión en este asunto es que, si bien es cierto mediante providencia se ordenó el decomiso del bien inmueble de la demandante, de dicha decisión no se encuentra prueba de su materialización en este caso.

Mediante sentencia C-176 de 1994 la Corte Constitucional precisó:

“(...) Esta distinción jurisprudencial ha sido también aceptada en repetidas ocasiones por la Corte Constitucional. Así, en anterior fallo, esta Corporación había señalado con claridad al respecto:

El comiso o decomiso opera como una sanción penal ya sea principal o accesoria, en virtud de la cual el autor o copartícipe de un hecho punible pierde en favor del Estado los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito, exceptuándose, como es obvio, los derechos que tengan sobre los mismos sujetos pasivos o terceros.

(...)

Como se advierte la confiscación recae sobre bienes sin ninguna vinculación con las actividades ilícitas, mientras que el comiso o decomiso contempla la pérdida de los bienes vinculados directa o indirectamente con el hecho punible.

(...)

En cambio el comiso o decomiso no está prohibido por la Constitución y por el contrario se autoriza como sanción penal limitada a los bienes producto del ilícito como a los efectos que provengan de su ejecución
(...)”

De igual manera la Corte Constitucional C-591 de 2014, con relación a la orden de decomiso consideró:

“(...) 24. De acuerdo con la legislación penal colombiana esta medida, considerada por la jurisprudencia como una limitación legítima al derecho de dominio^[1], recae sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser usados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo (Art. 82 C.P.P.). Convine destacar que la misma disposición que regula la medida previene que la misma se aplicará “sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos (del delito) o los terceros de buena fe”.

*25. La ley procesal penal prevé algunas **medidas cautelares orientadas a garantizar que se pueda hacer efectivo el comiso**. Para el efecto, contempla como medidas materiales la incautación y la ocupación de bienes, y como medida jurídica, la suspensión del poder dispositivo sobre los mismos. Dichas medidas proceden cuando la autoridad competente tiene motivos fundados para inferir que*

los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o destinados a ser usados como medio o instrumento para un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo (Art. 83 C.P.P).”

De las sentencias en mención, queda claro que, el decomiso es una sanción penal en la que se limita los bienes en favor del Estado; diferenciando el decomiso de las medidas cautelares encaminadas a hacer efectivo éste. De manera que, pese a la orden de decomiso impartida por la Fiscalía General, este no se materializó o hizo efectivo, por carecer dentro del proceso de medidas cautelares que impidieran el uso, tenencia y goce del bien a la demandante.

Tampoco reposa dentro del proceso actuación administrativa, judicial o de otra naturaleza, en la cual la Fiscalía General de la Nación, el Departamento Nacional de Estupefacientes o la Sociedad de Activos Especiales acudieran a la dirección carrera 25 número 14 – 34, y procedieran al sellamiento, imposición de documentos que dieran cuenta de la imposibilidad de utilizar el bien inmueble, anotaciones en el correspondiente certificado de tradición, allanamiento, desalojo de las personas que vivían en ese lugar; o cualquier otra actuación que materializara la orden de decomiso impartida.

Si bien es cierto en este asunto se nombró como depositario del bien en primer lugar a la Corporación Lonja Propiedad Raíz de Risaralda, y luego, a la Sociedad de Activos Especiales, no hay de cómo prever los efectos jurídicos de esa designación, porque como se dice, no hay documentos, actas, ni pruebas que den cuenta de ese depósito materializado, de una administración, o limitación de la tenencia en este caso.

No se acredita dentro de este asunto, la limitación al derecho al uso y goce del bien inmueble de la parte demandante, y, contrario a ello, la misma demandante afirma que realizó el mantenimiento y reparaciones locativas a los bienes decomisados, aportando un documento con el que pretende sustentar dicha afirmación; lo cual evidencia la posibilidad de uso, acceso y tenencia del mismo.

En los certificados de tradición estudiados no se observan limitaciones al dominio, uso o disfrute del bien inmueble de su propiedad; y, no se logró acreditar mediante otro medio que haya sido despojada de la tenencia del bien.

Si bien es cierto en el año 1995 se toma la decisión de decomiso del bien inmueble, transcurren 13 años sin que se acredite afectación a la propiedad de la demandante, sin que se haga inscripción alguna en el certificado de tradición del bien inmueble ubicado en la carrera 25 número 14 – 34, y, solo hasta 6 de mayo de 2008 se inscribió en dicho certificado una resolución por parte de la Dirección de Estupefacientes de Bogotá nombrando como depositario provisional del bien a la Lonja Propiedad Raíz de Risaralda, pasando luego a la SAE; y, en julio de 2013, se ordena cancelar las providencias que dieron origen a ello; sin que, con ninguna de esas actuaciones se haga una inscripción de limitación al dominio, ni lleve consigo actuación alguna que modifique o altere las condiciones en las que se encontraba el bien desde el año 1995 hasta dicha fecha.

La demandante afirma que, con la mora en la resolución del estado del bien inmueble de su propiedad afectó la posibilidad de enajenación de dicho bien, así como que dejó de recibir unos arrendamientos desde el 4 de julio de 1995 en virtud de la orden de decomiso, sugiriendo como referente el valor del contrato de arrendamiento suscrito con el señor Alberto de Jesús López Salazar; reconocimientos que solicita hasta el 30 de julio de 2013, fecha de cancelación de la medida en el certificado de tradición del bien.

Ante dicha afirmación es necesario precisar por esta Sala que, con relación a la imposibilidad de enajenar el bien, no se acreditó dentro del proceso que la demandante, señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez tuviera un negocio pendiente con el bien decomisado, o la suscripción de un contrato de compraventa con el mismo, ni otro documento que dé cuenta de la afectación padecida en tal sentido por las inscripciones realizadas en los certificados de tradición.

Y, frente a los cánones de arrendamiento que afirma dejó de percibir, es necesario precisar que, dentro del proceso sólo se aporta la copia de un contrato de arrendamiento para vivienda urbana VU-1570132 (Fl. 57 C. 1), suscrito entre la señora Blanca Nilsa Mejía en calidad de arrendadora, y el señor Alberto de Jesús López Salazar en calidad de arrendatario del bien inmueble con dirección carrera 25 número 14 – 34; sin que allí se haga otra identificación del mismo, como número de apartamento o similar; contrato que tiene como fecha el 26 de abril de 1995 y en el que se pacta una duración de 6 meses.

No se acredita ningún otro contrato de arrendamiento de los demás bienes que se identifican con folios de matrícula números 100-114556, 100-114555 y, 100-114561, correspondientes al bien ubicado en la carrera 25 número 14 – 34.

Así que, solo hay prueba de un contrato de arrendamiento suscrito el 26 de abril de 1995 con duración de 6 meses, y, si bien es cierto que, la providencia de decomiso del bien es de fecha 4 de julio de 1995, cuando estaba vigente el contrato de arrendamiento en mención; no se encuentra demostrado dentro del proceso que, el señor Alberto de Jesús López Salazar en calidad de arrendatario hubiera desocupado el mismo, se hubiera ido en virtud de la orden impartida. No hay prueba de desalojo, sellamiento, u actuación alguna que demuestre que el señor en mención se fue del bien arrendado antes de la fecha allí pactada; y menos aún que ello hubiera ocurrido por la orden de decomiso de la Fiscalía; sin perder de vista que, el arrendatario era hermano de quien fue capturado y allanado en dicho lugar.

Así pues, no se encuentra acreditada ni la imposibilidad de disponer del bien de la demandante, ni la afectación con la pérdida de cánones de arrendamiento, ni la existencia de medida cautelar que afecte su derecho de tenencia, disposición y dominio del bien de su propiedad.

Tampoco se demostró dentro del proceso un procedimiento o acta del decomiso y acta de entrega del bien decomisado, ni documento alguno que evidencie la devolución del inmueble bien por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes o por la Sociedad de Activos Especiales – SAE - o alguna otra prueba que dé cuenta que el bien estuvo a cargo de otra persona, administrado por persona diferente a la propietaria, o que el mismo, hubiera salido de su esfera de dominio, goce y utilización; pues como se ha dicho ya, lo único que se evidencia es, que el 6 de mayo de 2008 se inscribió en el certificado de tradición una resolución por parte de la Dirección de Estupefacientes de Bogotá nombrando como depositario provisional del bien a la Lonja Propiedad Raíz de Risaralda, pasando luego a la SAE; y, en julio de 2013, se ordena cancelar las providencias que dieron origen a ello.

No puede pasar por alto esta Sala que, la demandante, señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez no hizo gestión alguna con relación a la afectación y daño que afirma padecer desde el año de 1995 debido al decomiso realizado de su bien

inmueble ubicado en la carrera 25 número 14 – 34; y que, solo en el año 2006 interpuso una acción de tutela con el fin de resolver de manera definitiva la situación de su bien.

Ahora, para esta Sala de Decisión, el decomiso del bien se produjo por una orden judicial que no es cuestionada en este caso, esa orden se acompasa con lo prescrito en el artículo 47 de la ley 30 de 1986 mediante la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes que dispone:

*“**Artículo 47.** Reglamentado por el Decreto Nacional 1461 de 2000, Modificado Parcialmente la Ley 785 de 2002. Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por Resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o depósito. **Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier otro título no traslativo del dominio.** el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.*

Excepcionalmente podrá ordenarse por el funcionario del conocimiento la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuera el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso que no tuvieran participación alguna ellos, en el destino ilícito dado a esos bienes.

La providencia que ordena la devolución a que se refiere este artículo deberá ser consultada y solo surtirá efecto una vez confirmada por el superior.

***Parágrafo.** Cuando se trate de algunos bienes enumerados en este artículo y sujetos a registro de propiedad, deberá el Consejo Nacional de Estupefacientes notificar inmediata y personalmente a las personas inscritas en el respectivo registro. (Subraya la Sala)*

Del artículo en mención se evidencia, no solo la facultad de decomiso del bien en los casos allí previstos, sino que, contempla la posibilidad que quien tenga el derecho lícito sobre el bien pueda recibir el mismo; no obstante, en este asunto no se acredita actividad alguna de la demandante en procura de conservar el pleno dominio de su bien, sino que, solo hasta el año 2006 interpone acción de

tutela cuyo fin principal fue *“suspender la acción perturbadora y poder dispositivo del bien inmueble de su propiedad”*.

Tampoco se acreditó afectación del bien de propiedad de la señora Blanca Nisla Mejía Sánchez, al no acreditarse que hubiera perdido su posesión, disfrute o tenencia. No se encuentra documento que demuestre la limitación a la propiedad de tal manera que no haya podido arrendar el bien, o disfrutar de el; por lo que no se encuentra en ese caso acreditada la existencia de un daño antijurídico que deba ser reparado.

Finalmente, no desconoce esta Sala que la demandante insiste en la afectación radica en la mora injustificada para poner fin al proceso y definir la extinción del bien; no obstante, en vista que en el presente asunto, el daño reclamado se centra en la privación del derecho de disposición, uso y tenencia del bien inmueble por el tiempo que, según la demandante no pudo disfrutar del mismo; y toda vez que la demandante argumenta como causa del daño, esa mora de las demandas en resolver la situación del bien; en vista que, como se ha dicho, no se encuentra acreditado el daño en este caso, es inane adentrarse en el estudio de la mora en la toma de decisiones por parte de las demandadas Fiscalía y SAE.

También discute la demandante que, la afectación se hizo sobre todo el bien inmueble ubicado en la carrera 25 número 14 -34 del barrio el Bosque de Manizales, y no, de manera exclusiva sobre el apartamento objeto de allanamiento. No obstante, por todo lo expuesto, estas situaciones tampoco se encuentran acreditadas dentro del proceso, de manera que, por no existir el primer elemento necesario para la declaratoria de responsabilidad del Estado en este caso, tampoco hay lugar al estudio de los demás elementos, por lo que, se declarará de oficio probada la excepción de “Inexistencia del daño”, se revocará la sentencia proferida en primera instancia, y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

7. De la renuncia de poder o reconocimiento de personería.

A folio 30 del cuaderno 3 obra memorial de renuncia de poder allegado por la apoderada judicial de la demandada Sociedad de Activos Especiales – SAE - abogada Karol Gisell Medina Ordoñez, identificada con cédula de ciudadanía

número 53.155.481 y portadora de la tarjeta profesional número 187.955 del CS de la J.

Entre folios 33 y 44 del cuaderno 3 obra memorial poder conferido por el vice presidente jurídico de la Sociedad d Activos Especiales – SAE – al abogado Sergio Andrés González Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía número 1.014.179.736 y portador de la tarjeta profesional número 225.059 del CS de la J.

Por reunir los anteriores memoriales los requisitos previstos en los artículos 74 a 76 del Código General del Proceso, se aceptará la renuncia presentada, y se reconocerá personería para actuar, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

8. Costas.

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

Una vez revisado el expediente, se advierte que, las partes demandante y demandadas intervinieron en segunda instancia con la interposición de recursos de apelación, y todas ellas, presentaron escrito de alegatos de conclusión. De Los recursos de apelación interpuestos, sólo prosperaron los presentados por las demandadas, y fue impróspero el de la parte demandante; de manera que, hay lugar en este caso a condena en costas por concepto de agencias en derecho, en favor de la demandada Fiscalía General de la Nación y la Sociedad de Activos Especiales – SAE -, a cargo de la parte demandante; las cuales se fijan en 1 salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5º numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

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

III. Falla

Primero: Declarar probada de oficio la excepción de “Inexistencia del daño”.

Segundo: Revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 3 de septiembre de 2019 y en su lugar.

Tercero: Negar las pretensiones de la demanda presentada dentro del medio de control de reparación directa por la señora Blanca Nilsa Mejía Sánchez y otros contra la Fiscalía General de la Nación y la Sociedad de Activos Especiales – SAE -.

Cuarto: Condenar en costas a la parte demandante y en favor de la Fiscalía General de la Nación y la Sociedad de Activos Especiales – SAE -, a título de agencias en derecho; las cuales se fijan en 1 salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

Quinto: Aceptar la renuncia del poder allegada por la apoderada judicial de la demandada Sociedad de Activos Especiales – SAE - abogada Karol Gisell Medina Ordoñez, identificada con cédula de ciudadanía número 53.155.481 y portadora de la tarjeta profesional número 187.955 del CS de la J.

Sexto: Reconocer personería para actuar al abogado Sergio Andrés González Rodríguez identificado con cédula de ciudadanía número 1.014.179.736 y portador de la tarjeta profesional número 225.059 del CS de la J. en representación de la Sociedad d Activos Especiales – SAE –

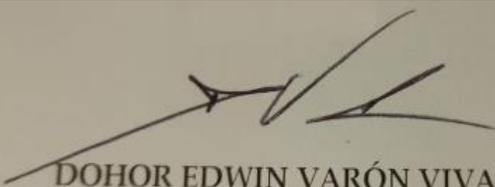
Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para lo pertinente, el proceso fue devuelto por el H. Consejo de Estado.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-23-33-000-2015-00163-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	BEATRIZ VALENCIA AGUIRRE
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 27 de julio de 2023, por medio de la cual se revocó el ordinal tercero de la sentencia emitida en primera instancia por esta Corporación el 24 de marzo de 2017.

Ejecutoriado el presente proveído, por la Secretaría de la Corporación realícense las liquidaciones respectivas dentro del proceso y archívese previo a la correspondiente anotación en el programa informático del Sistema de Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
No. 169
Fecha: 26 de septiembre de 2023

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para lo pertinente, el proceso fue devuelto por el H. Consejo de Estado.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-23-33-000-2016-00562-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA OFELIA GARCÍA DE LÓPEZ
ACCIONADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 13 de julio de 2023, por medio de la cual se confirmó la sentencia emitida en primera instancia por esta Corporación el 07 de noviembre de 2019.

Ejecutoriado el presente proveído, por la Secretaría de la Corporación realícense las liquidaciones respectivas dentro del proceso y archívese previo a la correspondiente anotación en el programa informático del Sistema de Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 169

Fecha: 26 de septiembre de 2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda De Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 246

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17-001-33 33 002 2017 00043 03
Clase	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante	Nohemy Salazar Cañizales
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Procede la Sala a decidir en los términos del artículo 132 de la Ley 2220 de 2022, con el cual se modificó el numeral 2 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, si se aprueba o no el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en el proceso de la referencia, durante la audiencia convocada a solicitud de éstas y realizada el pasado 5 de septiembre de 2023.

I. Antecedentes

Ante esta Corporación, por medio de apoderado, la señora Nohemi Salazar Cañizales presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión en su condición de esposa / compañera permanente supérstite del Suboficial Agente de la Policía Nacional Gustavo Castaño Morales, fallecido el 27 de julio de 1.977.

En la audiencia llevada a cabo el día 5 de septiembre de 2023, la parte demandada manifestó tener ánimo conciliatorio y en consecuencia expuso que, el certificado suscrito por el secretario técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa Nacional, indica que en sesión del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional, agenda No. 005 del 15 de febrero de 2023, se resolvió proponer la siguiente fórmula conciliatoria:

De lo expuesto se colige que la demandante tiene derecho a que la entidad reconozca y pague una pensión de sobrevivientes en su condición de beneficiaria, porque el obstáculo legal que existía para acceder al derecho en el régimen especial consagrado en el Decreto 609 de 1977, desapareció con la expedición de la Constitución Política de 1991, unido a ello, la demandante, demostró la calidad de compañera permanente del causante.

Por las razones señaladas deberá concluirse que la demandante es beneficiaria de la pensión post mortem causada por el fallecimiento del agente GUSTAVO CASTAÑO MORALES y reconocida mediante la Resolución 5989 de 20 de septiembre de 1978 por cumplir los requisitos.

Con la expedición de la Ley 923 de 2004³¹, se eliminó la restricción y consecuentemente los compañeros permanentes fueron Incluidos para tener derecho a las prestaciones por muerte de un oficial o suboficial, disposición que se reprodujo en el Decreto 4433 de 2004³².

Ahora bien, en relación con la prescripción, sobre el particular, el artículo 64 del Decreto 609 de 1977 preceptúa: Artículo 64. Inembargabilidad y prescripción. Son inembargables las prestaciones sociales, cualquiera que sea la cuantía exceptuando los créditos provenientes de pensiones alimenticias y las obligaciones con el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y los organismos adscritos o vinculados al Ministerio.

El derecho de reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto y las asignaciones mensuales prescribe a los cuatro (4) años. En el asunto de la referencia se aprecia que la prescripción se encuentra configurada para las mesadas pensionales anteriores al 26 de marzo de 2009 por cuanto únicamente se encuentra demostrado que el 26 de marzo de 2013 se respondió a una reclamación que no fue aportada con la demanda con la cual se interrumpe el término prescriptivo.

En cuanto a la forma de pago, la misma se pactará bajo el siguiente acuerdo:

Una vez sea presentada la respectiva cuenta de cobro ante la Dirección General de la Policía Nacional -Secretaría General, la cual deberá ser acompañada entre otros documentos, con la copia integral y legible de la sentencia o del auto aprobatorio de la conciliación con su respectiva constancia de ejecutoria, se procederá a conformar el expediente de pago, al cual se le asignará un turno tal y como lo dispone el artículo 35 del Decreto 359/95 y de acuerdo a la disponibilidad presupuestal que exista en el momento, se procederá a efectuar el pago mediante acto administrativo dentro del término legal establecido en el numeral 4° del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.”

Dice la apoderada que la conciliación se plantea bajo la condición de que la parte demandante renuncie a la condena en costas declarada en la sentencia de primera instancia.

La parte demandante aceptó la propuesta de conciliación, en los términos ya referidos.

El Procurador Judicial considera que se reúnen los presupuestos que se han establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la aprobación de este tipo de acuerdos conciliatorios, los cuales se sirve citar para el efecto.

II. Consideraciones de la Sala

La Sala abordará el estudio del acuerdo conciliatorio logrado entre las partes en audiencia inicial.

Así las cosas, en orden a resolver lo pertinente, sea lo primero indicar que, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador, quien, además de proponer fórmulas de arreglo, da fe de la decisión de acuerdo, la cual es obligatoria y definitiva para las partes que concilian. La conciliación, en sus diversas modalidades, es una figura cuyos propósitos son facilitar el acceso a la justicia, generar condiciones aptas para el diálogo y la convivencia pacífica, y servir como instrumento para la construcción de paz y de tejido social. Además de los fines generales, la conciliación en materia contencioso administrativa tiene como finalidad la salvaguarda y protección del patrimonio público y el interés general. /Artículo 5 de la Ley 2220 de 2022/

El artículo 7 ibidem, establece que serán conciliables todos los asuntos que no estén prohibidos por la ley, siendo principio general que se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y los derechos de los cuales su titular tenga capacidad de disposición. Para la procedencia de la conciliación no será necesaria la renuncia de derechos. En asuntos de naturaleza laboral y de la seguridad social podrá conciliarse si con el acuerdo no se afectan derechos ciertos e indiscutibles. En materia contenciosa administrativa, serán conciliables los casos en los eventos previstos en la presente ley, siempre y cuando no afecten el interés general y la defensa del patrimonio público.

También está previsto que, en cualquier estado del proceso el juez o magistrado podrá autorizar al Ministerio Público para realice labores de avenimiento entre las partes, con el fin de estructurar fórmulas de arreglo que serán sometidas a su posterior consideración. /Artículo 131 ibidem/

En consonancia con lo anterior, el artículo 132 de la Ley 2220 de 2022, con el cual se modificó el numeral 2 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, dispone lo siguiente:

“Artículo 247. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total

*o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, cuando las partes de común acuerdo la soliciten y propongan fórmula conciliatoria, o a petición del agente del ministerio público, cuando el recurrente sea la entidad condenada.
[...]"*

Ahora bien, los principios inmersos en el contenido de la referida ley y especialmente los expresamente señalados en el artículo 91 de la misma (La salvaguarda y protección del patrimonio público y el interés general; la salvaguarda y protección de los derechos ciertos e indiscutibles; y la protección reforzada de la legalidad), son aplicables al momento de estudiar la aprobación de los acuerdos conciliatorios por parte del juez de lo contencioso administrativo (Parágrafo 1 ibidem).

Así las cosas, a efectos de aprobar el acuerdo al que llegaron las partes, es necesario verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad.

En el *sub lite* se advierte que, la solicitud de nulidad recae sobre el Oficio No. 104943 ARPRES GRUPE de 18 de abril de 2013¹, que negó la sustitución de la pensión reclamada por la parte actora.

Luego entonces, al tratarse de un acto administrativo que niega totalmente el reconocimiento de una prestación periódica, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser promovida en cualquier tiempo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del CPACA, a cuyo tenor literal:

Artículo 164. *La demanda deberá ser presentada:*

¹ *La Resolución No. 5989 de 1.978 (Pág. 4, Archivo 01, Cuaderno 3) ordenó reconocer y pagar a la señora NOHEMY SALAZAR CANIZALES en representación de los menores JAIME, JUAN, FERNANDO y ÁNGELA MARÍA CASTAÑO SALAZAR la pensión post-mortem que les correspondía como hijos naturales del señor GUSTAVO CASTAÑO MORALES.*

Mediante Oficio 7791 de 23 de octubre de 1980 se comunicó a la demandante (Pág. 8, Archivo 01, Cuaderno 3) la determinación de incluir como beneficiario de la pensión post-mortem al señor RAFAEL CASTAÑO OROZCO quien es el padre legítimo del causante y señalando explícitamente que la señora NOHEMY SALAZAR CANIZALES no era esposa legítima del causante sino únicamente la representante de los hijos "naturales" del fallecido.

El Oficio No. 104943 ARPRES-GRUPE de 18 de abril de 2013 -Acto demandado, denegó la solicitud de la demandante respecto a la "entrega del 100% de los dineros concepto de pensión con su respectiva retroactividad" (Folio 7, Expediente físico) e indicó que se dejaría de pagar la pensión que la demandante recibía como representante de los hijos naturales del agente fallecido.

1. En cualquier tiempo, cuando:

[...]

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

[...]

Visto lo anterior, se descarta el acaecimiento de la caducidad del medio de control en este caso.

2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes.

En el presente asunto, lo reclamado por la demandante es el reconocimiento y pago de una sustitución pensional, sin embargo, conviene recordar que la conciliación planteada no implica renuncia al derecho prestacional y por el contrario, la entidad demandada reconoce su existencia y simplemente condiciona el acuerdo a la renuncia de las costas impuestas en su contra en primera instancia; luego, se trata de una conciliación que versa sobre un derecho de carácter particular y de contenido económico, que es disponible por las partes y por ende transigible, condición *sine qua non* para que éste sea materia de conciliación de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1818 de 1998.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

Se observa que en este asunto, las partes comparecieron al proceso a través de sus apoderados judiciales, en virtud de los poderes a ellos conferidos.

En efecto, la parte demandante actúa a través del abogado Pablo Sergio Ospina Molina, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.130.616.347 y Tarjeta Profesional No. 226.289, con facultad expresa para conciliar de conformidad con el poder que obra en el Archivo 015 del Cuaderno 2.

También reposan en el expediente varias sustituciones de poder, hasta llegar a la sustitución efectuada a la apoderada Geisel Rodgers Pomares, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.128.051.125 y Tarjeta Profesional No. 176.340, con facultad para conciliar según se desprende de los poderes que obran en los Archivos 15, 11 y 35 del Cuaderno 1.

Con los referidos apoderados se llevó a cabo la audiencia de conciliación sub examine.

4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

Tal y como se dijo en la sentencia de primera instancia, dentro del plenario se encuentra acreditado lo siguiente:

Mediante la Resolución No. 5989 de 1.978 (Pág. 4, Archivo 01, Cuaderno 3) se ordenó reconocer y pagar a la señora Nohemy Salazar Cañizales, en representación de los menores Jaime, Juan, Fernando y Ángela María Castaño Salazar la pensión post-mortem que les correspondía como hijos del señor Gustavo Castaño Morales.

A través de Oficio 7791 de 23 de octubre de 1980 se comunicó a la demandante (Pág. 8, Archivo 01, Cuaderno 3) la determinación de incluir como beneficiario de la pensión post-mortem al señor Rafael Castaño Orozco, quien es el padre legítimo del causante y señalando explícitamente que la señora Nohemy Salazar Cañizales no era esposa legítima del causante sino únicamente la representante de los hijos “naturales” del fallecido.

El Oficio No. 104943 ARPRES-GRUPE de 18 de abril de 2013 -Acto demandado- denegó la solicitud de la demandante respecto a la “entrega del 100% de los dineros por concepto de pensión con su respectiva retroactividad” (Folio 7, Expediente físico) e indicó que se dejaría de pagar la pensión que la demandante recibía como representante de los hijos del agente fallecido.

Conforme al testimonio rendido por la señora Eloísa Quiceno, quien conoce a la demandante hace 40 años, ésta fue compañera permanente del señor Rafael Castaño Orozco durante un período de 10 años y era quien velaba por la manutención de sus hijos; señaló que durante el tiempo que duró la relación, éste no tuvo una pareja diferente y la relación nunca fue interrumpida; sin embargo, indicó que no fue a la casa de la demandante y que los detalles de la convivencia los conoce porque la señora Nohemy Salazar Cañizales se los reveló.

Se recibió además el testimonio de la señora Julia María Rentería, quien tuvo a la demandante como inquilina para el año 1977, la testigo indicó que ésta vivía con el agente de policía Gustavo Salazar, a quien describió físicamente, y sus tres hijos, que el referido señor pagaba el canon de arrendamiento y que incluso pidió a la testigo y a su esposo que fueran padrinos en el matrimonio que estaba planeando antes de su deceso.

Por último, la declarante Francis Fernández Vidal señaló que cuando tenía 12 años conoció a la demandante en el barrio El Cortijo, hoy Siloé, de la ciudad de Cali; indicó que la señora Nohemy Salazar Cañizales convivía con el señor Gustavo Salazar y sus tres hijos, además de una hija que falleció a temprana edad; señaló que vivían en unión libre pero tenían planes de casarse, no tuvieron rupturas en su relación durante el tiempo en que los conoció.

También se encuentra demostrado a través de la copia de la Resolución 5989 de 1978 que el extinto agente Gustavo Castaño Morales prestó sus servicios a la Policía Nacional durante el término de 19 años, 2 meses y 7 días (Folio 4, Expediente.)

Conforme a los testimonios aportados y a las declaraciones extraprocesales anexas a la demanda (Folios 9, 10 y 11 del expediente) se observa que Nohemy Salazar Cañizales y Gustavo Castaño Morales convivieron como pareja y tuvieron descendencia. Dicha relación de vida marital, conforme a lo ventilado en el proceso, se dio por aproximadamente durante 10 años hasta el deceso del agente en 1977, sin interrupciones.

5. Legalidad y no lesividad del patrimonio estatal.

Encuentra la Sala que el acuerdo logrado entre las partes no es violatorio de la ley, ni atenta contra el patrimonio público, comoquiera que se encuentra demostrado el derecho a la sustitución de la pensión por parte de quien fue la compañera permanente del causante durante 10 años anteriores a la fecha del deceso. Al respecto conviene retomar lo considerado por el a quo para acceder a las pretensiones de la parte demandante, así: *“es dable flexibilizar la aplicación del artículo 76 del Decreto 609 de 1977 en el entendido que la exclusión de la compañera permanente como beneficiaria de la pensión “viola la prohibición constitucional de no discriminación por razón del origen familiar y la igualdad de trato y protección que el orden superior confiere a las familias constituidas por vínculos naturales”. El análisis que se impone en virtud del sustento jurisprudencial citado le permite al Juzgado señalar que las cláusulas de retroactividad incluidas en las sentencias C-1126 de 2004 y C-121 de 2010 no implican una desprotección de los compañeros permanentes cuya prestación surgió en vigencia de la Carta Política de 1886, por virtud a la aplicación retrospectiva de la Constitución de 1991, pues al marginárseles se vulnera la prohibición constitucional de no discriminación por razón del origen familiar. De lo expuesto se colige que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de sobrevivientes en su condición de beneficiaria, porque el obstáculo legal que existía para acceder al derecho en el régimen especial consagrado en el Decreto*

609 de 1977, desapareció con la expedición de la Constitución Política de 1991, unido a ello, la demandante, demostró la calidad de compañera permanente del causante.”

En efecto, no es constitucionalmente admisible negar el derecho a la sustitución pensional o a la pensión de sobrevivientes a los compañeros permanentes con el argumento de que, en la época en que su pareja falleció, la ley les reservaba ese beneficio a los cónyuges.

La Corte Constitucional ha dejado claro que esa posibilidad desapareció cuando entró en vigencia la Constitución de 1991, porque, desde entonces, las familias constituidas por vínculos naturales o jurídicos gozan de la misma protección. Por eso, no es posible avalar tratos discriminatorios entre cónyuges y compañeros permanentes.

Según la Corte, cuando las normas aplicables al caso en estudio establezcan ese tipo de restricciones, los jueces deben aplicar la excepción de inconstitucionalidad y reconocerle la pensión de sobrevivientes del compañero permanente, para proteger sus derechos a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital.

Es por lo anterior que, a juicio de esta Sala, la decisión de reconocer la pensión a la parte demandante en calidad de compañera permanente del causante, se acompasa con los postulados constitucionales y por ende, se ajusta al marco jurídico que rige la materia.

De otra parte, las costas procesales en favor de la parte demandante son un derecho patrimonial que puede ser objeto de renuncia; no se trata de un derecho laboral de naturaleza indiscutible e irrenunciable; de ahí que resulte válidamente renunciable o conciliable por parte de su titular.

Así las cosas, el acuerdo conciliatorio entre las partes implica una concesión mutua que se anticipa a la probabilidad de una condena mucho mayor en contra del Estado, motivo por el cual, el hecho de presentar fórmula de arreglo para solucionar de una manera más amigable la presente controversia, se adecúa a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en el entendido de que la parte demandante acepta dicho ofrecimiento por considerarlo pertinente y adecuado para restablecer su derecho, y de igual forma, la entidad estatal se asegura de que los recursos públicos que administra, se vean asignados correcta y proporcionalmente frente a condenas judiciales en concreto que serían más cuantiosas y onerosas en caso de no llegar a una fórmula de arreglo con la parte demandante.

Efectuada la anterior consideración, la Sala aprobará la conciliación celebrada entre las partes el 5 de septiembre de 2023 en segunda instancia, en virtud de la cual, la parte demandada se obliga a reconocer y pagar la sustitución de la pensión en favor de la señora Nohemy Salazar Cañizales en calidad de compañera permanente del causante Gustavo Castaño Morales, a partir del 26 de marzo de 2009, por prescripción cuatrienal. En cuanto a la forma de pago, la entidad demandada queda obligada a lo siguiente: *“Una vez sea presentada la respectiva cuenta de cobro ante la Dirección General de la Policía Nacional -Secretaría General, la cual deberá ser acompañada entre otros documentos, con la copia integral y legible de la sentencia o del auto aprobatorio de la conciliación con su respectiva constancia de ejecutoria, se procederá a conformar el expediente de pago, al cual se le asignará un turno tal y como lo dispone el artículo 35 del Decreto 359/95 y de acuerdo a la disponibilidad presupuestal que exista en el momento, se procederá a efectuar el pago mediante acto administrativo dentro del término legal establecido en el numeral 4° del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.”*

La parte demandante, por su lado, renuncia a la condena en costas declarada en su favor en la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, de conformidad con lo discurrido, se dispondrá que la conciliación que se aprueba haga tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y preste mérito ejecutivo de conformidad con lo previsto en el artículo 297 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aprobar la conciliación lograda entre las partes en audiencia inicial celebrada el día 5 de septiembre de 2023, en los términos señalados en la parte considerativa de este proveído.

Segundo: Como esta providencia hace tránsito a cosa juzgada, se expedirá copia de la misma con destino a las partes, así como del acta de la audiencia de conciliación, con las debidas autenticaciones.

En la que se destine a la parte demandante se hará constar que presta mérito ejecutivo en los términos del artículo 114, numeral 2° del C.G.P. y, además, se hará constar en el expediente la entrega de la misma al representante de tal parte.

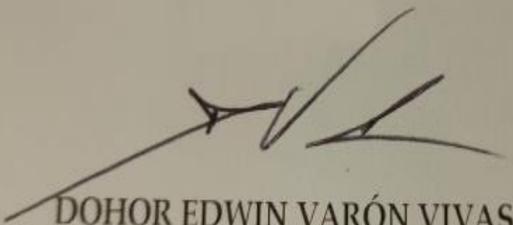
Tercero: Se declara terminado el proceso.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17 001 33 33 001 2017 00293 02
Demandante	Dora Inés Salazar de Ocampo
Demandado	Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 176

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión a los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de agosto de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

La accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Declarar que en la decisión tomada en contra de mi poderdante por parte del DEPARTAMENTO DE CALDAS hubo falsa motivación por una indebida aplicación de la ley, por lo cual habrá de decretar la Nulidad de la resolución 5757-1 del 21 de julio de 2016, mediante la cual, retiraron del servicio a la señora DORA INES SALAZAR DE OCAMPO, resolución 9290- 1 del 11 de noviembre de 2016 por medio de la cual resuelven e recurso de reposición interpuesto contra la resolución 5757- 1 del 21 de julio de 2016, oficio GGA 1818 del 25 de noviembre de 2016 mediante el cual le informan que el cargo queda vacante a partir del 01 de diciembre de 2016.

SEGUNDA: Una vez declarada la Nulidad de la resolución 9290-1 del 11 de noviembre de 2016 por medio de la cual resuelven el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 5757-1 del 21 de julio de 2016, oficio GGA 1818 del 25 de noviembre de 2016 mediante el cual le informan que el cargo queda vacante a partir del 01 de diciembre de

2016, solicito al Señor Juez Ordenar se RESTABLEZCA EL DERECHO a mi mandante y consecuentemente se le reintegre al cargo del cual fue arbitraria e ilegalmente desvinculado, o a uno de igual o mejores condiciones. Una vez realizado el reintegro, este se mantendrá hasta la fecha en que cumpla la edad de retiro forzoso, esto es al momento de llegar a los 70 años, o antes si la demandante así lo decide

PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA: en caso de que no se acceda a la pretensión de ordenar el reintegro hasta los 70 años de edad, solicito que esta pretensión se decrete así;

Una vez declarada la Nulidad de la resolución 9290- 1 del 11 de noviembre de 2016 por medio de la cual resuelven e recurso de reposición interpuesto contra la resolución 5757- 1 del 21 de julio de 2016, oficio GGA 1818 del 25 de noviembre de 2016 mediante el cual le informan que el cargo queda vacante a partir del 01 de diciembre de 2016, solicito al Señor Juez Ordenar se RESTABLEZCA EL DERECHO a mi mandante y consecuentemente se le reintegre al cargo del cual fue arbitraria e ilegalmente desvinculado, o a uno de igual o mejores condiciones. Una vez realizado el reintegro, este se mantendrá hasta la fecha en que cumpla la edad de retiro forzoso, esto es al momento de llegar a los 65 años, o antes si la demandante así lo decide.

TERCERA: Ordenar a favor de mi mandante el pago de todos los emolumentos como salarios, factores salariales y prestaciones sociales de todo tipo, dejados de percibir, declarando que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

CUARTA: Ordenar al DEPARTAMENTO DE CALDAS el pago de los aportes a la seguridad social integral, desde que se produjo su retiro hasta el día en que se produzca el reintegro, y los que se causen hasta su retiro definitivo del servicio.

QUINTA: Ordenar que las sumas declaradas sean debidamente indexadas.

SEXTA: Condenar en costas al demandado”.

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que la señora Dora Inés Salazar de Ocampo se desempeñó como empleada del Departamento de Caldas desde el 3 de octubre de 1979 en diferentes cargos, siendo los últimos los de Secretaria Ejecutiva Código 530 nivel 5 grado 05 sin solución de continuidad, siendo retirada del servicio mediante resolución 5757-1 de 21 de julio de 2006; contra la cual se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto con la resolución 9290-1.

- Que la demandante nació el 10 de noviembre de 1954, contando con 62 años de edad al momento de presentar la demanda y, mediante oficio de 8 de octubre de 2014 informa al Gobernador del departamento de Caldas que es beneficiaria del régimen de transición, y que continuará laborando hasta la edad de retiro forzoso; y mediante oficio de 3 de marzo de 2016 informa que tiene derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso. Oficios que son radicados igualmente a Colpensiones, solicitando suspender cualquier trámite de reconocimiento de pensión indicado por la demandante.
- Que mediante resolución número 5757-1 de 21 de julio de 2016, la demandada decide desvincular del servicio a la señora Dora Inés Salazar de Ocampo, y dentro de sus consideraciones incluye que está facultada para dar por terminada la relación legal, cuando sea reconocida o notificada la pensión de jubilación o vejez.
- Que por resolución GNR 346821 de 21 de noviembre de 2016 se le informó la inclusión en la nómina de pensionados; y el 30 de noviembre de 2016, la Secretaria General del departamento de Caldas le informa que el cargo que desempeñaba quedaba vacante.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Artículos 138, 155, 161, 162, 163 y 164 numeral 2, literal c del CPACA
- Artículo 36 y párrafo del artículo 150 de la ley 100 de 1993
- Artículo 31 del Decreto 2400 de 1968
- Artículo 1 de la Ley 1821 de 2016

Manifiesta la demandante que, los actos demandados adolecen de falsa motivación, pues no se cumplieron los supuestos en este caso para el retiro del servicio, y se desconoció la norma que dice que la edad máxima para el retiro del cargo de personas que desempeñen funciones públicas será de 70 años.

Sostiene que la resolución 5757-1 de 21 de julio de 2016, mediante la cual retiró del servicio a la demandante incurrió en falsa motivación por justificar la terminación de la relación en el reconocimiento de la pensión de vejez, sin tener en cuenta, que era beneficiaria del régimen de transición, sin ser aplicable la

normativa de la ley 797 de 2002, y por no haber llegado a la edad de retiro forzoso.

4. Contestación de la demanda. (Fls. 135 a 144 C.1)

El demandado departamento de Caldas contesta la demanda y se pronuncia frente a los hechos, oponiéndose a las pretensiones.

Sostiene que la Gobernación de Caldas estaba facultada para dar por terminada la relación legal por ser reconocida la pensión de jubilación o vejez a la demandante; y que, si bien se puede ser beneficiario del régimen de transición, ello es solo en aspectos como la edad, monto de la pensión y tiempo de servicios o semanas cotizadas; pues la normativa ha prohibido que la entidad pública retire a los empleados en la edad de retiro forzoso, con la finalidad de mejorar su monto pensional; de manera que, la ley 797 de 2003 contempló la posibilidad de terminar la relación legal cuando el empleado cumpliera los requisitos para pensionarse.

Expone que, la causal de retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años y de terminación de relación legal con justa causa por reconocimiento de pensión de vejez como causales autónomas de retiro del servicio.

Finalmente propone las excepciones de *“Aplicabilidad y cumplimiento de la ley”*, *“Inexistencia de la obligación conforme a la Ley”*, *“Buena Fe”* y, *“Genérica”*

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 461 a 471 C.1A)

En audiencia inicial del 27 de agosto de 2019 el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales profiere la sentencia número 273 que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución n. 5757-1 del 21 de julio de 2016 y de la Resolución n. 9290-1 del 11 de noviembre de 2016, por medio de las cuales se ordenó retirar a la demandante del cargo de Secretaria Ejecutiva Código 430 Grado 05, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR que no existió solución de continuidad en la relación laboral entre la demandante y el Departamento de Caldas, de conformidad con lo estudiado en la parte considerativa de este fallo.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho ORDENAR al Departamento de Caldas proceda a reintegrar a la señora Dora Inés Salazar de Ocampo al cargo de Secretaria Ejecutiva Código 430 Grado 05 o a uno de la misma naturaleza y categoría.

QUINTO: CONDENAR al Departamento de Caldas al pago a título indemnizatorio del equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir por la demandante, desde el 01 de diciembre de 2016 hasta el momento del reintegro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor (SIC), sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, de acuerdo con lo expuesto previamente.

SEXTO: CONDENAR al Departamento de Caldas al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social dejados de hacer, desde el 01 de diciembre de 2016 y hasta que se haga efectivo el reintegro de la demandante.

SÉPTIMO: Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

OCTAVO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

NOVENO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

DECIMO: NEGAR las demás pretensiones

UNDECIMO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere. ARCHÍVENSE LAS diligencias previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.”

Hace la Juez una exposición sobre los hechos que se encuentran probados dentro del proceso, y continúa con un análisis normativo y jurisprudencial considerando que, en el caso concreto, se encuentra probado que, la demandante nació el 10 de noviembre de 1954; por lo que, de conformidad con el artículo 2º del decreto 691 de 1994, que dispuso que la entrada en vigencia de las previsiones de la Ley 100 de 1993 para los niveles territoriales sería el 30

de junio de 1995, para tal fecha la señora Dora Inés Salazar de Ocampo contaba con 40 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición, tal y como se dispuso en el acto de reconocimiento pensional.

De igual manera concluye que, la citada señora, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se encontraba habilitada para seguir laborando en el cargo de Secretaria Ejecutiva Código 430 Grado 05 de la planta de personal del Departamento de Caldas, hasta la edad de retiro forzoso, puesto que el párrafo 3º del artículo 9º de la ley 797 de 2003 no le es aplicable. Por ello, la demandante podía continuar prestando sus servicios, y podía mejorar la mesada pensional al incrementar, por ejemplo, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo, siendo este beneficio parte de los derechos que el régimen de transición que la Ley 100 de 1993 ha concedido a los trabajadores favorecidos por éste.

Considera la Juez de instancia que, era improcedente la desvinculación de la señora Salazar de Ocampo del empleo que desempeñaba en la entidad demandada, máxime cuando ésta expresamente manifestó en varias oportunidades su intención de continuar trabajando; por lo que debe declararse la nulidad de los actos administrativos acusados por la infracción al artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y a los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993, en vista de que no se respetaron todas las prerrogativas que en virtud del principio de favorabilidad se encuentran incluidas en el régimen de transición y que favorecían a la accionante; y declara imprósperas las excepciones propuestas por la demandada.

Con relación al restablecimiento del derecho, expone que, debe ordenarse al Departamento de Caldas reintegrar a la señora Dora Inés Salazar de Ocampo al cargo de Secretaria Ejecutiva Código 430 Grado 05 o a otro de la misma naturaleza y categoría; declarando que no existió solución de continuidad en la relación entre la demandante y la demandada.

Ordena a la demandada el pago a título indemnizatorio del equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el 01 de diciembre de 2016 hasta el momento del reintegro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior

a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, conforme lo dispone la sentencia SU-556 de 2014 de la Corte Constitucional; y, ordena al Departamento de Caldas a pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social dejados de hacer, desde el 01 de diciembre de 2016 y hasta que se haga efectivo el reintegro de la demandante.

Con relación a la pretensión de mantener el reintegro de la actora hasta la edad de retiro forzoso, señala que, la demandante, de conformidad con lo analizado anteriormente tiene derecho a laborar y por ende a mejorar su mesada pensional, hasta la edad de retiro forzoso prevista en la Ley 1821 de 2016, es decir 70 años de edad; toda vez que, dicha norma fue expedida el 30 de diciembre de 2016, por lo que las prerrogativas allí previstas hubieran sido aplicadas a la demandante en este momento, si el Departamento de Caldas no hubiera conculcado su derecho con las resoluciones demandadas; no obstante, considera que no es procedente que, por orden judicial se ordene la estabilidad absoluta de la accionante pues de configurarse una causal legal para el retiro del servicio distinta a la mencionada, la entidad tendrá la potestad de aplicarla o no, negando dicha pretensión.

6. Recurso de apelación.

Parte demandada. (Fls. 477 a 480 C. 1A).

La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, hace un recuento de lo resuelto en el fallo y afirma que, Colpensiones es la entidad a la cual se encuentra afiliada la señora Dora Inés Salazar, por lo que es quien debe determinar si es beneficiaria o no del régimen de transición pensional; y que, debido a la solicitud expresa de la demandante, dicha entidad le reconoció su pensión de vejez conforme a los postulados de la ley 797 de 2003, por lo que la demandada tenía la facultad de terminar la relación legal y reglamentaria por ese evento; sin dejar desamparada a la accionante con la desvinculación, por contar con su pensión reconocida.

Luego se pronuncia frente al procedimiento para hacer efectivo el retiro, y cita el decreto 2245 de 2012 concluyendo que, los servidores que están incluidos en la nómina de pensionados y que no hayan presentado renuncia, pueden ser retirados del servicio por la entidad empleadora invocando la causal consagrada

en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004; y, por cuanto la Gobernación de Caldas tenía conocimiento de que la demandante fue incluida en la nómina desde el año 2013, y fue ella quien solicitó el reconocimiento y pago de su pensión, dispuso por ello al retiro del servicio; solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y al pago de las costas allí impuestas.

Parte demandante. (Fls. 481 y 482 C. 1A).

La parte demandante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia, específicamente frente a lo dispuesto en el ordinal quinto de ésta, relacionado con el restablecimiento del derecho de los salarios y prestaciones legales dejadas de percibir por la demandante, por considerar que la sentencia SU-557 de 2014 no puede ser aplicable a este caso porque solo rige para los empleados nombrados en provisionalidad y que hayan sido retirados sin motivación alguna, lo cual no ocurrió en este caso, de manera que la demandada al momento del retiro si debió motivar el acto, con el argumento de haber sido reconocida su pensión de vejez; y solicita se acceda al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de despido hasta que sea efectivo el reintegro.

7. Alegatos de conclusión.

- Parte demandada (Fls. 9 a 11 C. 3)

El demandado Departamento de Caldas reitera en su totalidad lo expuesto en su escrito de apelación, específicamente su facultad de desvincular a la demandante en virtud del reconocimiento de la pensión de vejez.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 09 de octubre de 2020, que se encuentra a folio 12 del cuaderno 3.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

Los problemas jurídicos a resolver en este asunto, se centran en las discusiones planteadas en los recursos de apelación.

¿Tenía derecho la señora Dora Inés Salazar de Ocampo, a continuar vinculada al servicio en el departamento de Caldas hasta la edad de retiro forzoso, a pesar de habersele reconocido pensión de vejez?

Y, de ser así

¿Hay lugar al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su reintegro, en virtud de la aplicación de la sentencia SU – 556 de 2014?

2. Análisis normativo.

El artículo 125 de la Constitución Política, en relación con las causales constitucionales para el retiro del servicio, prevé:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. *Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*”, dispone entre otras, como causales de retiro del servicio las siguientes:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)*

- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
(...)
- g) Por edad de retiro forzoso”

Los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993 disponen:

“Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...).”

Artículo 150. Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

Parágrafo. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.”

La Ley 797 de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, estableció:

“Artículo 1. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes. “

El párrafo 3 del artículo 9, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, determinó como causal de retiro del servicio haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión:

“Artículo 9. El artículo 33 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

Parágrafo 3. *<CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”

El Acto Legislativo 01 de 2005 en su párrafo transitorio 4 dispuso:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

El Decreto 1083 de 2015, “*Por el cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector de la Función Pública*”, vigente al momento de expedición del acto demandado dispuso:

“Artículo 2.2.11.1.10 *Comunicación del reconocimiento de pensión y edad de retiro forzoso. El empleado que tenga derecho a pensión de jubilación o llegue a la edad de retiro, está obligado a comunicarlo a la autoridad nominadora, tan pronto cumpla los requisitos, so pena de incurrir en causal de mala conducta. El retiro para gozar de*

pensión de jubilación o de vejez, se ordenará por la autoridad nominadora, mediante providencia motivada.”

3. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado¹ se ha pronunciado sobre el retiro forzoso en el siguiente sentido:

“(…) Esta Corporación², respecto de la causal de retiro prevista en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, aplicable a quienes no han llegado a la edad de retiro forzoso pero les ha sido reconocida la pensión de jubilación con fundamento en el régimen de transición, precisó que conservan su derecho a permanecer en el cargo y no podrán ser obligados a desvincularse, «pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional más allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados».

Con este pronunciamiento la Sección Segunda rectificó en lo pertinente la tesis adoptada en la providencia del 27 de octubre de 2005³, que sostenía que todos los servidores públicos podían ser desvinculados del servicio oficial una vez tuvieran reconocida su pensión de jubilación y se encontraran dentro de la nómina de pensionados, sin consideración adicional alguna.

Posteriormente, esta Subsección⁴, al resolver una controversia similar a la que ocupa la atención de la Sala, reiteró el derecho de las personas beneficiadas por el régimen de transición a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, siempre y cuando a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 -29 de enero de 2003- tuvieran consolidado su derecho pensional, por haber reunido los requisitos de tiempo y edad exigidos.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 7 de octubre de 2021. Rad. 47001-23-33-000-2015-00216-01(5460-18)

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 2533-07. Consejero ponente: Eduardo Gómez Aranguren.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 27 de octubre de 2005, expediente 4773-03. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 24 de octubre de 2012, expediente 2504-11. Consejero ponente: Eduardo Gómez Aranguren.

En esa oportunidad, la Sala explicó que se torna válida la justa causa de retiro del servicio cuando no existe solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional; y reafirmó que el empleado que se encuentre en régimen de transición puede diferir el ejercicio de su función hasta la edad de retiro forzoso, con la posibilidad de obtener la reliquidación del ingreso base para calcular la pensión, sin que se le pueda obligar a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación.⁵

Recordó que el artículo 1 de la Ley 797 de 2003 dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, establecidos conforme a disposiciones anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hubieran cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes, lo cual supone, «que si el derecho pensional estaba consolidado antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, no le era aplicable el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y por ende no había justa causa aplicable para su retiro».

A su turno la Subsección B de la Sección Segunda⁶, con fundamento en la sentencia del 4 de agosto de 2010 citada, al decidir un asunto de similar contexto fáctico insistió que «a las personas pensionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 o a quienes estuvieren amparados por el régimen de transición pensional, les asiste el derecho de mejorar el monto de su pensión a través de la permanencia en el servicio hasta alcanzar la edad de retiro forzoso. En efecto, el empleado tiene la expectativa de seguir vinculado con la administración con el objetivo de mejorar sus condiciones laborales en orden a obtener una mesada pensional superior a la que se le reconocería si se retirara en forma prematura».

Y determinó que este criterio armoniza con el principio de irretroactividad de la ley, «pues si se parte de la base que constituye un derecho cierto el continuar con la relación laboral hasta el momento de cumplir la edad de retiro forzoso, se quebrantaría el aludido principio si se permitiera aplicar un nuevo precepto legal a situaciones definidas conforme a la normatividad anterior».

Finalmente, esta Subsección en sentencia de 3 de mayo de 2018, sostuvo:⁷

Conforme a la anterior jurisprudencia se concluye que la causal de retiro por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión, dispuesta en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley

⁵ Artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

⁶ Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 6 de septiembre de 2012. Expediente 2389-2011. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de mayo de 2018, radicado N.º 190012331000201100024 01 (1479-2015)

797 de 2003, no rige para los empleados públicos que hayan consolidado el estatus pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley -29 de enero de 2003-. Contrario sensu, a quienes consolidaron su derecho pensional en vigencia de esta norma les es válidamente aplicable la mencionada causal de retiro.

[...] La calidad de beneficiaria del régimen de transición que ostenta la actora impone a la administración preservar las tres condiciones que integran su estructura, esto es: tiempo de cotización, edad y quantum o valor de la pensión. **Sin embargo, no se puede pasar por alto que cuando entró a regir la Ley 797 de 2003 -29 de enero de 2003- la demandante aún no tenía consolidado su estatus de pensionada, el cual solo acreditó el 10 de enero de 2010 cuando cumplió 55 años de edad.**

Como se señaló, el artículo 1 de dicho estatuto determina que las normas allí contenidas se aplicarán a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes.

En ese sentido, se repite, no cabe duda de que el régimen de transición fue tenido en cuenta por la Universidad del Cauca al momento de reconocer la pensión de jubilación a la demandante, y no contraviene dicha prerrogativa el hecho de que haya dado aplicación a la previsión de la Ley 797 de 2003, en la medida en que esta última es clara en imponer el respeto de los derechos adquiridos antes de su entrada en vigencia.

En consecuencia, se insiste, la causal de retiro por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión, dispuesta en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no rige para los empleados públicos que hayan consolidado el estatus pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley -29 de enero de 2003-. A contrario sensu, a quienes consolidaron su derecho pensional en vigencia de esta norma les es válidamente aplicable la mencionada causal de retiro. (...)
Resaltados y negrillas fuera del texto original.

4. Análisis fáctico.

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

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

- Copia del registro Civil de Nacimiento de la demandante, donde consta que la señora Dora Inés Salazar Alarcón nació el 10 de noviembre de 1954 (Fl. 120 C.1).

- Copia de la resolución GNR 288150 de 31 de octubre de 2013, mediante la cual Colpensiones reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a la señora Dora Inés Salazar de Ocampo (Fls. 295 a 298 C. 1)

En la parte considerativa de esta resolución se incluye un cuadro del cual se extrae que la fecha del status pensional de la señora en mención, es el 10 de noviembre de 2009, con efectividad al 1 de noviembre de 2013

- Copia de la resolución número 5757-1 del 21 de julio de 2016 expedida por el Gobernador y el Secretario Jurídico del Departamento de Caldas “*por medio de la cual se retira del servicio un funcionario por haber adquirido el derecho a la pensión de vejez*” (Fl. 30 C. 1) de la cual se extraen las siguientes consideraciones:

“Que la Señora DORA INES SALAZAR DE OCAMPO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 24.316.102, es titular del cargo de SECRETARIA EJECUTIVA CÓDIGO 430 GRADO 05, en la planta global de cargos de la Gobernación de Caldas,

Que la Ley 797 de 2003, faculta al empleador para dar por terminada la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión de jubilación o vejez por parte de las administradoras del Sistema General de Pensión.

Que la Corte Constitucional mediante sentencia aditiva C-1037 de 2003, indicó que el retiro sólo procede una vez el servidor público sea Incluido en Nómina de pensionados.

Que el artículo 9 de la Ley 797 del año 2003 derogó tácitamente el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, por lo que a partir de la vigencia de dicha norma (29 de enero del 2003) es posible retirar al empleado que este ingresado a la nómina de pensionados del fondo de pensiones al cual está afiliado.

Que el artículo 41 literal e) de la Ley 909 del 2004 establece que unas de las causales de retiro del servicio de los empleados públicos es la obtención de la pensión de jubilación o de vejez.

Que el artículo 2.2.11.1.1 del Decreto 1083 de 2015 señala en el Numeral 4. "Causales del retiro del Servicio. Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez". Que la Sentencia C-501 de 2005 condicionó el artículo 41 literal o de la Ley 909 del 2004 en el entendido que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se notifique debidamente la inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Que mediante Resolución No. GNR 288150 del 31 de octubre de 2013, le fue reconocida la pensión de vejez a la servidora pública Dora Inés Salazar de Ocampo por parte de Colpensiones.

Que conforme a lo anterior, se hace necesario retirar del servicio a la servidora pública DORA INÉS SALAZAR DE OCAMPO, a partir del 30 de octubre de 2016. Es de aclarar que el retiro sólo se producirá cuando se haya notificado la inclusión en nómina del funcionario por parte de Colpensiones.”

- Copia de la resolución número 9290-1 del 11 de noviembre de 2016 “*por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición*”. (Fls. 32 a 37 C.1) de la que se extrae lo siguiente:

“(…) la causal de retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años y la causal de terminación legal y reglamentaria con justa causa por reconocimiento de la pensión de vejez son causales autónomas de retiro del servicio.

En el caso concreto y dada la crítica realizada por la apoderada judicial de la recurrente, si bien es cierto existe un Decreto al interior del ente departamental que establece la edad de retiro forzoso a los 65 años en armonía con las normas de orden nacional dictadas sobre la materia, tenemos que dicho acto administrativo es aplicado sólo a quienes por diferentes situaciones no se les reconozca la pensión de jubilación o vejez por los fondos de pensiones debida a la baja densidad de cotizaciones u otras situaciones que no es del caso mencionar, lo que obliga a la entidad pública a respetarles su vinculación hasta que lleguen a los 65 años de edad.

(…)

Hay por lo menos dos razones para rechazar esta interpretación: 1) De una parte, lo que la norma prevé es estrictamente que haya reconocimiento de la pensión, es decir, que el derecho pensional se haya consolidado y por tanto reconocido, sin importar que exista algún debate jurídico en torno a si se causó desde antes (por ejemplo la edad aplicable) o si se debate la cuantía de la pensión respecto de la cual hay certeza en su causación, por razón de los factores de liquidación aplicables o por el porcentaje que corresponda al ingreso base de liquidación. 2) De otro lado habría razones prácticas para considerar que las discrepancias del pensionado en torno a los elementos del reconocimiento pensional no podrían impedir la efectividad de la justa causa de retiro prevista en la Ley 797 del 2003. Actos administrativos que están en firme.

En efecto si se aceptara debatir acerca de las condiciones en que se obtuvo la pensión, impide la efectividad de la causal de terminación del vínculo, se estaría legitimando que el propio funcionario pudiera impedir dicha efectividad, so pretexto de que existe algún trámite administrativo o judicial en curso, con lo cual se desconocería también el mandato del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011), de los artículos 87, 88 y 89 que consagran los principios firmeza, presunción de legalidad y de ejecución de los actos administrativos, como son las Resoluciones emanadas

por Colpensiones, a través de los cuales se le reconoció su pensión de vejez (…). Teniendo en cuenta todo lo analizado, la Gobernación de Caldas confirmará el acto administrativo resolución No. 5757-1 del 21 de julio de 2016 Por medio de la cual se retira del servicio a un funcionario por haber adquirido la pensión de vejez (…)”.

- Copia del documento de notificación de la resolución mediante la cual se resuelve un recurso de reposición (Fl. 38 C. 1)
- Copia del oficio número G.G.A. 1818 del 25 de noviembre de 2016 suscrito por la secretaria general de la Gobernación de Caldas, mediante el cual se informa a la señora Dora Inés Salazar de Ocampo lo siguiente:

“De la manera más atenta me permito informar que mediante Resolución No. GNR 288150 DEL 31 DE OCTUBRE DEL 2013 la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES- le reconoció pensión de vejez; por lo anterior se profirió la Resolución No. 5757-1 del 21 de julio del 2016 que determinó su retiro del servicio con justa causa por haber adquirido el derecho a la pensión de vejez condicionado a su ingreso a nómina de pensionados, Acto confirmado mediante Resolución No. 9290-1 del 11 de noviembre de 2016 y notificada el 23 de noviembre del mismo año.

El 14 de octubre del 2016 COLPENSIONES a través de la Resolución No. GNR 305724 ordenó su inclusión en nómina de pensionados a partir del 01 de noviembre del 2016, mesada pagadera en diciembre de la misma data.

Por lo anterior, el cargo que usted desempeña quedará vacante a partir del 01 de diciembre del 2016”

- Copia del auto de archivo número AAGNR 182 del 29 de noviembre de 2016 del 29 de noviembre de 2016 (Fls. 44 y 45 C. 1) mediante el cual Colpensiones sostiene:

“(…) Que mediante Resolución GNR 288150 del 31 de octubre de 2013 esta entidad concedió una Pensión de Vejez a favor de la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INES, identificada con CC No. 24, 316, 102, en cuantía de \$1.157.681 a partir del 01 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta 1.831 semanas y un ingreso base de liquidación de \$1.460.612 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo de 79.26% según la Ley 797 de 2003. (...) Que a través de la Resolución GNR 264328 del 21 de julio de 2014 esta entidad se abstuvo de resolver un recurso de reposición presentado contra la Resolución GNR 288150 del 31 de octubre de 2013, por encontrar que la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INÉS, se encontraba activa en el servicio público (...) Que mediante radicados 2016_9992446 de fecha 30 de agosto de 2016, 2016_10888832 de fecha 16 de septiembre de 2016 y 2016-12019003 de fecha 10 de octubre de 2016, se allegó por parte de la Gobernación de Caldas copia de la Resolución No. 5757-1 de 21 de julio de 2016, mediante el cual se retira del servicio a la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INÉS, a partir del 30 de octubre de 2016.

Que a través de la Resolución GNR 305724 del 14 de octubre de 2016 se ordenó la inclusión en nómina de la Pensión de Vejez a favor de la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INÉS, en cuantía inicial de \$1.442.868 a partir del 01 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta 1.994 semanas con un ingreso base de liquidación de \$1.717.700 al cual se le aplicó la tasa de reemplazo del 84% según el Decreto 758 de 1990. Que por inconsistencias presentadas en el sistema dicha prestación no

ingresó a nómina. Que el día 31 de agosto de 2016 bajo el radicado 2016_10122290, la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INÉS presentó derecho de petición, mediante el cual solicita la aplicación del régimen de transición para el reconocimiento y liquidación de su pensión de vejez. Que el día 28 de octubre de 2016 bajo el radicado 2016_12694303, la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INÉS interpuso revocatoria directa contra la Resolución GNR 288150 del 31 de octubre de 2013.

Que en el expediente pensional, dentro del radicado BZG 2016_12955915, obra fallo de tutela proferido el día 02 de diciembre de 2014 por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES Rad. 2016-00541, mediante el cual conmina a esta entidad para que resuelva de fondo la solicitud de fecha 31 de agosto de 2016, orden que se entenderá acatada a través del presente acto administrativo.

Que el día 16 de septiembre de 2016, bajo el radicado 2016_10902883, la entidad empleadora GOBERNACIÓN DE CALDAS, solicitó la inclusión en nómina de la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INÉS, aportando copia de la Resolución No. 5757-1 del 21 de julio de 2016, por medio de la cual se retira del servicio a la funcionaria, a partir del 30 de octubre de 2016. Que mediante la Resolución No. GNR 346821 del 21 de noviembre de 2016, se resolvió acceder a la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. GNR 288150 del 31 de octubre de 2013, se ordenó reliquidar la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$1.720.442, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo porcentual del 84%, arrojando una mesada pensional en cuantía de \$1.445.171 a partir del 01 de noviembre de 2016.

Que en contra de la Resolución No. GNR 346821 del 21 de noviembre de 2016, al ser una revocatoria directa no procede recurso alguno ni revive términos para el inicio de acciones contenciosas.

Que mediante radicado 2016_13559226 se realizó actualización en el expediente pensional, que el día 22 de noviembre de 2016, se contactó a la señora SALAZAR DE OCAMPO DORA INÉS para la notificación por aviso de la Resolución GNR 346821 del 21 de noviembre de 2016 (...)."

- Copia de la resolución SUB 18434 del 24 de marzo de 2017, mediante la cual Colpensiones se reliquidó la pensión de la señora Dora Inés Salazar de Ocampo en cuantía de \$1.449.291 a partir del 01 de diciembre de 2016, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990. Se dispuso, además, su inclusión en nómina a partir de abril de 2017 pagadero en mayo del mismo año (Fls. 51 a 58 C.1).

- Copia de oficios enviados por la señora Dora Inés Salazar de Ocampo al Grupo de Gestión Administrativa del departamento de Caldas y al gobernador del departamento de Caldas, mediante los cuales manifiesta que no les posible aceptar la pensión concedida por Colpensiones, así como que su intención es continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso. (Fls. 72 a 76 C.1).

5. Del caso concreto.

Se encuentra probado dentro del presente asunto que la señora Dora Inés Salazar de Ocampo nació el 10 de noviembre de 1954; cumpliendo los 40 años el 10 de noviembre de 1994, por lo que era beneficiaria del régimen de transición que en materia pensional contempló el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

También se encuentra probado que, la señora Dora Inés Salazar de Ocampo adquirió su status pensional el 10 de noviembre de 2009.

Ahora, la Ley 797 de 2003, *“Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”*, entró a regir a partir de su publicación, de conformidad con el artículo 24 de la misma, esto es, a partir del 29 de enero de 2003, fecha en la cual se publicó en el diario oficial número 45.079 la Ley en mención. De manera que, cuando la señora Dora Inés Salazar Ocampo adquirió el status pensional (10 de noviembre de 2009), ya estaba vigente la ley 797 de 2003, por lo que, el parágrafo 3 del artículo 9 de la misma, le era completamente aplicable a la demandante; artículo que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que consideró como justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del trabajador cuando le sea reconocida o notificada la pensión; contemplando incluso que, si el empleado no solicita la pensión, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de ésta.

Mediante la resolución GNR 288150 de 31 de octubre de 2013, Colpensiones reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a la señora Dora Inés Salazar de Ocampo, la cual reliquida con la resolución SUB 18434 del 24 de marzo de 2017 en cuantía de \$1.449.291; con lo cual a su vez se evidencia que, el derecho pensional de la demandante, se consolidó antes del 31 de diciembre de 2014, esto es, el 10 de noviembre, fecha límite para pensionarse con el régimen de transición de conformidad con el parágrafo transitorio 4 del acto legislativo 01 de 2005.

Ahora bien, en este caso la demandante era beneficiaria del régimen de transición, por lo que deben aplicarse las disposiciones allí previstas, pero solamente en lo relacionado con el tiempo de cotización, edad y valor de la

pensión; ya que en la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, al 29 de enero de 2003, la señora Dora Inés Salazar de Ocampo no tenía consolidado su estatus pensional, que solo adquirió al 10 de noviembre de 2009.

Por lo considerado, entiende esta Sala de Decisión que, a la demandante no le asistía el derecho de continuar ocupando el cargo de Secretaria Ejecutiva Código 430 Grado 05 hasta la edad de retiro forzoso; pues, pese haber manifestado el interés de seguir prestando sus servicios hasta dicha edad, ya gozaba del reconocimiento y liquidación de su pensión de vejez; siendo aplicable la Ley 797 de 2003 en su totalidad, incluidas las causales de retiro, como la justa causa de terminar la vinculación laboral cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“(...) Conforme con lo anterior, en virtud del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, el servidor público, podía permanecer en el servicio hasta llegar a la edad de retiro forzoso, a pesar de tener reconocida la pensión de jubilación. Sin embargo, la Ley 797 de 2003, permitió la aplicación de los regímenes anteriores para quienes a la entrada en vigencia de esta ley (29 de enero de 2003) reunieran los requisitos de edad y tiempo, es decir tuvieran consolidado su derecho pensional. De la misma forma, el parágrafo 3 del artículo 9 ibídem, incluyó como casual de retiro del servicio, para quienes no alcanzaron a obtener el estatus antes de su vigencia, el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, facultando al empleador para dar por terminada la vinculación laboral, siempre y cuando se haya efectuado el reconocimiento de la pensión, y se haya incluido en nómina de pensionados al empleado retirado.

(...)

Corolario con lo expuesto, la demandante ostenta la condición de beneficiaria del régimen de transición, por lo que se le debe dar aplicación a las normas allí contenidas referidas al tiempo de cotización, la edad y quantum o valor de la pensión.

Sin embargo, no se puede ignorar que para el momento en que entró a regir la Ley 797 de 2003, es decir, el 29 de enero de 2003, la demandante no tenía consolidado su estatus pensional, el cual solo acreditó el 11 de octubre de 2008.

De modo tal que se debe dar aplicación a lo dispuesto por esta Corporación en la citada sentencia del 4 de agosto 2010, cuando estableció que:

“(...) la facultad de retiro del servicio de aquellos empleados a quienes se les ha reconocido una pensión, prescrita en el parágrafo tercero del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no puede aplicarse a quienes ya tienen consolidado el derecho pensional

bajo el amparo de un régimen precedente, sino que debe aplicarse a situaciones futuras que en efecto resulten reguladas a todas luces por la disposición legal en comento.

Y más adelante determinó:

“(...) las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables al demandante por cuanto, a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía (...)”

Con fundamento en todo lo anterior, el derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, de acuerdo a las prescripciones de la normatividad anterior, se encuentran condicionadas a que la persona haya cumplido todos los requisitos legales a efectos de consolidar su derecho pensional en vigencia de dichas normas.

De suerte tal, que, si bien la señora Liliana Zura Ordóñez se encuentra cobijada por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, tal como lo afirmó el acto del reconocimiento de la pensión de jubilación, ello le permite beneficiarse de condiciones más favorables, es decir, en lo relacionado a la edad, tiempo de cotización y monto de la pensión, toda vez que su derecho se consolidó tiempo después de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, de modo tal que la normatividad relacionada con las causales de retiro, le son aplicables, sin que ello implique desconocimiento del régimen de transición, tal y como lo alega en el recurso de alzada.

Corolario con lo expuesto, la Sala advierte que el retiro de la demandante se ajustó a la ley, motivo por el cual no hay lugar al pago de la indemnización que pretende en su condición de empleada inscrita en carrera administrativa, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Acuerdo 006 de 20069, o a la indemnización por retiro prevista en el artículo 44 de la Ley 909 de 200410, toda vez que no se acomoda a las previsiones descritas en las referidas normas, es decir, su retiro no fue producto de la supresión del cargo por reestructuración, fusión o supresión de la Universidad del Cauca, pues se repite, su desvinculación obedeció por haber adquirido el derecho a la pensión de jubilación.

III. DECISIÓN

Atendiendo la normatividad en cita y el acervo probatorio, la Sala concluye que la decisión de primera instancia fue acertada, en cuanto las pretensiones de la demanda no se encuentran llamadas a prosperar, al no lograrse desvirtuar la legalidad de los actos demandados que se basaron el retiro de la demandante en la causal establecida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, toda vez que a la entrada en vigencia de dicha norma, la demandante aún no había causado su derecho pensional, el cual lo adquirió el 11 de octubre de 2008, cuando ya se encontraba vigente la norma, lo que la excluye de la aplicación del artículo 150 de la Ley 100 de 1993. (...) (Subraya la Sala)⁸

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”. Sentencia de 4 de julio de 2019. CP. Dr. César Palomino Cortés. Rad. 19001-23-31-000-2011-00052-01(1078-17)

Y, en el más reciente pronunciamiento del Consejo de Estado⁹ relacionado con este asunto precisó:

“(...) Además de ello se observa que cuando entró a regir la Ley 797 de 2003 (el 29 de enero de 2003) el demandante aún no tenía consolidado su estatus de pensionado, pues solamente hasta el 24 de enero de 2012 cumplió 55 años de edad.

Dicha norma, en el artículo 1º determinó que las reglas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, para quienes, a la fecha de su entrada en vigencia, hubieran cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encontraran pensionados.

En consecuencia, ya para la fecha en que adquirió el estatus pensional (2012), el señor Benítez Gómez no podía aspirar a que se aplicara la disposición contenida en el párrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 como lo solicitó, por cuanto el cambio normativo al que hace referencia la Ley 797 de 2003 comenzó a regir al momento de su publicación (2003).

En ese sentido, se itera, el departamento del Valle del Cauca con el acto de retiro del servicio no contravino normas del régimen de transición, por el contrario, dio aplicación a la norma vigente al momento en que adquirió el estatus pensional su empleado. (...)” (Subraya la Sala)

Por las consideraciones que anteceden, para esta Sala, el retiro de la demandante se ajustó a la normativa legal vigente y aplicable a este caso, de manera que no hay lugar a su reintegro, ni a la permanencia en el servicio hasta cumplir la edad de retiro forzoso.

Sumado a lo expuesto, para esta Sala de decisión no es de recibo el argumento de la Juez de primera instancia, en el cual considera que no procedía la desvinculación de la señora Salazar de Ocampo del empleo que desempeñaba en la entidad demandada, y que, con los actos demandados se vulneraron los artículos 36 y 150 de la Ley 100 de 1993, al no respetar las prerrogativas que en virtud del principio de favorabilidad se encuentran incluidas en el régimen de transición y que favorecían a la accionante. Ello, por cuanto el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, derogó en

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 9 de junio de 2022. CP. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad 76001-23-33-000-2015-00835-01 (0223-2021).

forma tácita lo dispuesto previamente en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, como lo precisó el Consejo de Estado¹⁰:

“(...) Así mismo considera la Sala que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales estaba facultada para tomar la decisión de retirar del servicio a la accionante como efectivamente lo hizo, dado que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, derogó en forma tácita lo dispuesto previamente en los artículos 150 de la Ley 100 de 1993 y en el 19 de la Ley 344 de 1996, como se desprende del siguiente análisis: En primer lugar, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, al disponer que “el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio hasta que cumpla la edad de retiro forzoso”, resulta en contradicción con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, ya que, conforme se ha explicado, la nueva norma tiene expreso alcance con respecto a los servidores públicos y, además, la precitada Ley 344 permite al servidor público que adquiere el derecho pensional optar entre pensionarse o continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso, al paso que la regla dispuesta en la Ley 797 de 2003, no solamente autoriza el retiro del servidor público al obtener el reconocimiento de la pensión (con su correspondiente inclusión en nómina, conforme a la sentencia de constitucionalidad), sino que faculta al empleador a tramitar el reconocimiento de la pensión cuando el servidor público no la solicita al cumplir requisitos, de suerte que resulta claro que esta ley reguló la misma situación de forma diferente a aquella, en norma posterior, con lo cual se configuró la derogatoria tácita del artículo 19 de la Ley 433 de 1996. En segundo término, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual [n]o podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, resulta también derogado en forma tácita por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en cuanto ésta se dirige igualmente a los servidores públicos, y permite al empleador tramitar el reconocimiento de la pensión al cumplirse los requisitos respectivos. No hay, en consecuencia, excepción alguna en estas reglas con respecto a los empleados públicos por el hecho de encontrarse escalafonados en la carrera administrativa. Por lo anterior, la Sala concluye que no se trata, en este caso, de conflicto normativo que deba resolverse con criterio de favorabilidad, conforme a la regla constitucional que rige en materia de relaciones de trabajo en todas sus modalidades, sino de norma posterior, del mismo rango, que deroga tácitamente las anteriores que le son contrarias, conforme a las reglas básicas de vigencia de las leyes en nuestro sistema normativo (...)”

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección B. Sentencia de 6 de agosto de 2009. CP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 25000 2325 000 2005 05688 02 (00164 08).

Por lo expuesto, con el retiro de la demandante del servicio por haber sido reconocida pensión de jubilación por vejez, no se vulneraron los artículos 36 ni 150 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la Ley 797 de 2003, creo una nueva causal de terminación del vínculo laboral.

Finalmente, es necesario dejar presente por parte del ponente de esta sentencia que, por las consideraciones expuestas es necesario recoger la tesis que se acompañó en la ponencia de la Sala Primera de Decisión, sentencia 076 de 25 de mayo de 2023¹¹, en la cual se resolvió favorablemente asunto de similitud fáctica y jurídica al de este caso.

Por lo considerado, hay lugar a revocar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de agosto de 2019, y en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

6. De la condena en costas.

El numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso consagra: *“Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*.

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

Ahora, una vez revisado el expediente, se advierte que, la parte demandada intervino en primera instancia con la contestación de la demanda, la intervención en la audiencia inicial, y la presentación de alegatos de conclusión en dicha instancia. Así mismo, interpuso recurso de apelación, y alegatos de conclusión en segunda instancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandado Departamento de Caldas prosperó; y, en este caso se revoca en su totalidad la

¹¹ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Primera de Decisión. Sentencia 076 de 25 de mayo de 2023. Rad. 17001-33-33-755-2015-00318-02.

sentencia proferida en primera instancia; de manera que, por ajustarse a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, y a los criterios para ello fijados por el Consejo de Estado, en este caso, hay lugar a condenar en costas en ambas instancias por concepto de agencias en derecho, en favor del demandado Departamento de Caldas, y a cargo de la demandante; las cuales se fijan en 1 salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

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

III. Falla

Primero: Revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de agosto de 2019, y en su lugar.

Segundo: Negar pretensiones de la demandante presentada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Dora Inés Salazar de Ocampo contra el departamento de Caldas.

Tercero: Condenar en costas en ambas instancias a la demandante señora Dora Inés Salazar de Ocampo, y, en favor del demandado departamento de Caldas a título de agencias en derecho en favor del demandado Departamento de Caldas, y a cargo de la demandante; las cuales se fijan en 1 salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

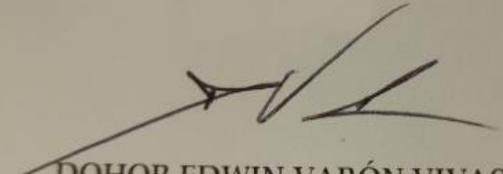
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001-23-33-000-2017-00835-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP
Demandado:	Alexander Jairo Hoyos Sánchez y Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 174

La Sala Segunda de Decisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia, dentro del proceso de **Nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP** contra el señor **Alexander Jairo Hoyos Sánchez y la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita el apoderado de la parte demandante que por esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

“PRIMERA. Se declare la nulidad de la RESOLUCION No. RDP 000678 del 31 de ENERO de 1996 mediante la cual CAJANAL reconoció pensión de jubilación al señor ALEXANDER JAIRO HOYOS SANCHEZ sin ser competente, ya que para la época de adquisición del status ya se encontraba afiliado al FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO

SEGUNDA. Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor ALEXANDER JAIRO HOYOS SANCHEZ reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo mediante el cual CAJANAL reconoció pensión de jubilación sin ser competente para ello.

TERCERO. Que se declare que el señor ALEXANDER JAIRO HOYOS SANCHEZ NO le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión por parte la extinta CAJANAL.”

2. Hechos.

Se afirma en la demanda lo siguiente:

El señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez nació el 30 de julio de 1939, según Registro Civil de Nacimiento. Prestó sus servicios al Ministerio de Educación Nacional desde el 20 de marzo de 1962 al 1 de agosto de 2004, siendo el último cargo desempeñado, el de docente en el Instituto Nacional "Los Fundadores" del municipio de Riosucio, Caldas.

El señor Alexander Jairo cumplió el status pensional el 30 de julio 1994. Por medio de la Resolución No.000678 de 31 de enero de 1996, la extinta CAJANAL le reconoció una pensión de jubilación conforme a la ley 33 de 1985 y ley 62 de 1985, en cuantía de \$203.693.38.00 M/cte., a partir de 30 de julio 1994.

Con la Resolución No.00730 de 2 de agosto de 2004, se aceptó la renuncia del señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez a partir de 2 de agosto de 2004.

Con la Resolución No.017369 de 24 de septiembre 1997, la extinta CAJANAL, negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación gracia. A través de la Resolución No.007088 de 15 de abril de 1998, se resuelve el recurso de reposición con la que se confirma en todas y cada una de sus partes la resolución No.17369 de 24 de septiembre 1997. A través de la Resolución No.004822 de 09 de noviembre de 1998, se resuelve el recurso de apelación con la que se confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución No.17369 de 24 de septiembre de 1997, pero hace aclaración que por error se reconoció la pensión de jubilación con la Resolución No.00678 de 31 de enero de 1996, pues al momento de adquirir el status pensional el interesado ya estaba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Mediante la Resolución No.13684de 27 de marzo de 2006, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del interesado teniendo en cuenta que ya mediante la Resolución No.4822, al resolver el recurso de apelación, se había ordenado revocar la Resolución No 00678 de 31 de enero de 1996, pues al momento de adquirir el status pensional el interesado ya estaba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se ordena surtir el trámite respectivo para revocar la resolución mencionada.

Con la Resolución No. RDP 008314 de 24 de febrero de 2016, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales, toda vez que los solicitados no están relacionados taxativamente en la Ley 62 de 1985. Y con la Resolución

No.RDP 013899 de 31 de marzo de 2017, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que, desde el 1 de septiembre de 1994, el titular de la misma se encuentra vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto, se dijo que es dicha entidad la encargada de resolver la reliquidación por retiro. Dicha decisión fue confirmada al resolver los recursos en vía administrativa.

Con el Auto No.ADP3915 de 30 de mayo de 2017 se solicitó el consentimiento expreso y escrito para revocar en todas y cada una de sus partes la resolución No.678 de 31 de enero de 1996.

Se indica por la demandante que el docente estuvo afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio desde julio de 1990.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera vulnerados:

Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 6, 48, 121, 122, 123 y 209.

Ley 91 de 1989

Ley 115 de 1994

Aduce que el acto demandado es contrario al ordenamiento jurídico que rige los docentes de orden nacional, ya que como quedó establecido especialmente en el artículo 2 numeral 5 de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de dicha ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de su promulgación a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles. En consecuencia, concluye que en este caso no era Cajanal la entidad encargada de reconocer la pensión ordinaria si no el FOMAG.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez.

A través de apoderada judicial se propuso contestar la demanda y aunque aceptó los hechos allí expuestos, se opuso rotundamente a las pretensiones indicando que si la demandante considera que no es la llamada a reconocer la pensión, ha debido remitirse a la autoridad competente para dilucidar el asunto. Pone de presente que se trata de un adulto mayor (79 años de edad) y en su momento radicó la solicitud ante Cajanal como lo hicieron sus

contemporáneos, siempre con la convicción de que era esa Caja de Previsión Social la llamada a responder por el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; pensión que, en efecto, fue reconocida dado el cumplimiento de todos los requisitos legales previstos para esos efectos. Explica que el FNPSM fue creado en el año 1989, sin embargo, el mismo solamente comenzó a funcionar a finales de 1991 en las oficinas de los Fondos Educativos Regionales y por ello fue que radicó los documentos requeridos sin que le fueran devueltos por la Caja Nacional de Previsión Social como era entonces su deber al amparo del anterior Código Administrativo. Recalca que no se valió de ninguna maniobra fraudulenta o de presión indebida para obtener el reconocimiento de la pensión; y si algún error hubo dentro de ese trámite, el mismo no debe serle endilgado al pensionado y por el contrario, debe ser resuelto entre las entidades.

Pone de presente que la referida pensión es la única fuente de ingresos del demandado y por lo tanto, es inherente a su derecho al mínimo vital.

Plantea las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“mala fe de la parte demandante”* y *“caducidad”*.

4.2. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y planteó la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” puesto que no fue el FNPSM quien expidió los actos administrativos cuya nulidad se depreca; teniendo en cuenta, además, que tampoco intervino en el trámite para el reconocimiento de la pensión de vejez del señor Hoyos Sánchez.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Insiste en que, la competencia para el reconocimiento pensional efectuado en favor del señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez recae en cabeza del FOMAG y el Ministerio de Educación Nacional. Dice que al haberse efectuado un reconocimiento pensional contrariando el régimen jurídico aplicable al caso bajo análisis, se configuran las causales señaladas en el artículo 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, esto es falsa motivación e infracción de las normas en las que debía fundarse el acto administrativo, motivo por el cual sostiene que hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos y consecuentemente ordenar el restablecimiento del derecho.

5.2. Parte demandada.

5.2.1. Señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez.

Reitera los argumentos de defensa.

5.2.2. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Recalca que no es dicho fondo el responsable frente a los hechos y pretensiones de la parte demandante.

5.3. Concepto del Ministerio Público.

No rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante mediante la acción de **nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)**, que por esta Corporación se declare la nulidad del acto administrativo a través del cual CAJANAL reconoció una pensión de jubilación al señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez., sin competencia.

A dicha pretensión se opone el demandado Hoyos Sánchez aduciendo que solicitó la pensión al considerar que era Cajanal la llamada a pronunciarse sobre dicho reconocimiento; tanto así, que dicha entidad emitió el acto sin oponer la falta de competencia. Agrega que la pensión de vejez es su única fuente de ingreso y que es un hecho cierto el cumplimiento de los requisitos para gozar de esa prestación vitalicia.

1. Problemas jurídicos a resolver.

Los problemas jurídicos se contraen a establecer lo siguiente:

- 1.1.** ¿Existe legitimación material en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM de cara a los hechos y pretensiones de la parte demandante?
- 1.2.** ¿El disfrute del derecho pensional depende o se encuentra supeditado a la definición de competencias entre entidades de previsión social después de veinte años de haberse expedido el acto de reconocimiento por parte de una de ellas?
- 1.3.** ¿En caso de que se declare la nulidad del acto administrativo enjuiciado, es obligación del señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez devolverle a Cajanal – hoy UGPP las sumas de dinero que por concepto de mesadas pensionales ha recibido hasta la fecha por

parte de dicha entidad?

2. De la legitimación material en la causa por pasiva.

Por vía jurisprudencial se ha realizado la siguiente precisión sobre dicha figura¹:

*La legitimación en la causa se concibe desde dos vertientes: la llamada legitimación de hecho y la material. La primera, la de hecho, se establece a partir de la relación procesal que el petitum y la causa petendi generan entre las partes procesales, concretamente, el demandante y demandado; es decir, se está en el típico terreno de la relación jurídica procesal únicamente. **En cambio, la legitimación material responde al criterio de efectividad, esto es, a la participación real de las personas en la situación jurídica (acto, hecho, conducta etc.) que da origen a la demanda, sin importar si accionó o no, para el caso del demandante, o si fue demandado o no, cuando se trata de la parte pasiva.** En principio se puede decir que todas las personas serían potencialmente legitimadas de hecho, porque corresponde al demandante citar y hacer concurrir a quienes considera serán sus demandados, pero ello, es un estadio a priori devenido exclusivamente desde la óptica y el querer del demandante, que encontrará el primer gran filtro en el análisis que el operador jurídico hace para la admisión de la demanda, tendiente a que se revele quién en realidad es el legitimado o los legitimados materialmente, es decir, quiénes participaron realmente en la causa que dio origen al escrito demandatorio. Y luego puede ser enriquecida o no con la contestación de la demanda o con las postulaciones de los terceros e incluso del Ministerio Público, dependiendo de la información que suministren al juez. De ahí la razón por la cual, en varios procesos se advierte a lo largo de su desarrollo, la presencia y permanencia de sujetos procesales que al final se determina no tuvieron participación efectiva en la situación que originó la demanda, pero frente a quienes se advertía -por lo menos en forma incipiente- que debían estar en el proceso, solo que cuando el juez analiza todo el panorama fáctico, probatorio y normativo del proceso concluye con certeza que no eran legitimados materialmente, aunque siempre los acompañó la legitimación de hecho. /rft/*

En el sub iudice basta examinar el acto cuya nulidad se depreca - Resolución No. RDP 000678 del 31 de enero de 1996 – para concluir que quien profirió la decisión allí contenida, esto es, la de reconocer una pensión de vejez en favor del señor Alexander Jairo Hoyos Sanchez, fue la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal y no la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual, esta última no se encuentra en posición jurídica de responder por las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan.

Nótese cómo la parte demandante pretende que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM asuma una obligación que no le ha sido reclamada y/o discutida en vía administrativa y respecto de la cual, por tanto, no se observa manifestación de voluntad por parte del Fondo, vertida en un acto administrativo que sea enjuiciable a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Ni Cajanal, en su momento, ni la UGPP como sucesora de aquella, agotaron el debido proceso en sede administrativa en aras de

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-31-000-2011-00341-04

lograr un pronunciamiento por parte del FNPSM en torno a la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez del señor Hoyos Sánchez.

Y si en gracia de discusión se dijera en este proceso que no era Cajanal sino el FNPSM el responsable de reconocer y pagar la pensión susodicha, tal conclusión tampoco podría conducir a la decisión de suspender, interrumpir o denegar el derecho a la pensión del demandado, pues no es el cumplimiento de los requisitos para acceder a la misma lo que se encuentra en tela de juicio.

En suma, es criterio de la Sala que, el disfrute y goce efectivo del derecho pensional no se puede ver afectado por un conflicto de competencia que ha debido ser zanjado entre las entidades correspondientes, bien en sede administrativa o en instancia judicial, esto último, a fin de deprecar la nulidad del acto que rechace o rehuse la competencia; ello, para que quien la tenga, la asuma y continúe en lo sucesivo con el pago, y no para desconocer el legítimo derecho que le asiste al pensionado, como ocurriría si se llegara a declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 000678 del 31 de enero de 1996, al amparo de la cual el pensionado ha recibido de buena fe las mesadas pensionales durante más de veinte años.

Conviene recordar que el derecho a la pensión de vejez está íntimamente relacionado con otros derechos de raigambre constitucional, que ubica a quien es beneficiario del mismo, en posición de exigir su garantía en cualquier escenario, al tiempo que implica para las instituciones que representan al Estado así como para los funcionarios que lo encarnan, la obligación de garantizarlo cuandoquiera que el mismo haya sido legalmente obtenido por su titular.

La Corte Constitucional² ha dicho al respecto, lo siguiente:

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.

Sobre la definición de la pensión de vejez, la sentencia C-107 de 2002^[1] expresó:

“En la actualidad la pensión de vejez se define como “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años -, es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”

El desgaste físico, psíquico y/o emocional al que se encuentran sometidas las personas que a lo largo de su vida han laborado, encuentra su recompensa en la obtención de la pensión de la vejez, la cual garantiza unas

² Sentencia T-398/13. Referencia: expedientes T-3.820.292 y 3.820.920. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. 2 de julio de dos mil trece (2013).

condiciones mínimas de subsistencia. Por lo que, con dicha prestación económica se persigue que aquellas no queden expuesta a un nivel de vida deplorable, ante la disminución indudable de la producción laboral.

En cuanto a la finalidad inmediata de la pensión de vejez[2], la citada Sentencia indicó:

“ En cuanto a su finalidad, nadie pone en duda que la pensión de vejez tiene por objeto “garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en que consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez”

Por tanto, el derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.

Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez.

Como puede verse, el derecho a la pensión de vejez guarda relación directa con derechos de raigambre fundamental como el mínimo vital y la seguridad social, motivo por el cual goza de un tratamiento especial que impide su desconocimiento cuando el titular del mismo lo ha adquirido previo cumplimiento de los requisitos legales.

En por ello que, siendo consecuentes con lo hasta aquí considerado, se declarará probada la excepción de “falta de legitimación por pasiva” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo, se negarán las pretensiones formuladas por la UGPP contra del señor Alexander Jairo Hoyos Sánchez.

5. De las costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

Con fundamento en lo anterior, se condenará en costas (gastos y agencias en derecho) a la parte demandante y en favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Lo anterior, en atención a que la parte demandada actuó a través de apoderados judiciales, quienes intervinieron en todas las etapas del proceso y desplegaron una gestión útil para sacar adelante sus argumentos de defensa.

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

III. Falla.

Primero: Se declara fundada la excepción de “falta de legitimación por pasiva” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante UGPP.

Tercero: Se condena en costas (gastos y agencias en derecho) a la parte demandante y en favor de la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Cuarto: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la UGPP, al abogado Cristian Felipe Muñoz Ospina, identificado con la cédula de ciudadanía No. 75.096.530 y portador de la Tarjeta Profesional No. 131.246 del C. S. de la J.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

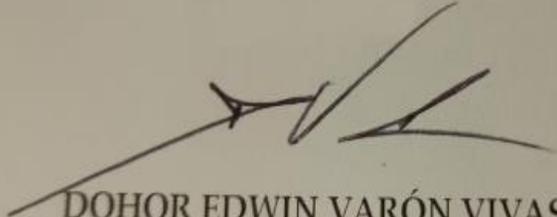
Sexto: Ejecutoriada esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere, y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

Notifíquese y Cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-33-39-006-2018-00005-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 175

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ANGELA PATRICIA QUINTERO CUARTAS**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES.

Se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 089 de 5 de febrero de 2016, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional de invalidez sin incluir la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, anterior a la adquisición el estatus pensional.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene al reajuste de la pensión de invalidez con la inclusión de dichos factores, se realicen los reajustes anuales legales, el pago de las mesadas atrasadas e intereses de mora y se condene a la accionada al pago de las costas del proceso.

CAUSA PETENDI

- Laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de invalidez.
- Sin embargo, la base de liquidación pensional no incluyó la totalidad de factores salariales percibidos en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocaron: Ley 91 de 1989, art. 15; Ley 33 de 1985, art. 1º; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Luego de realizar una diacronía de la normativa que cobija a los docentes nacionalizados y precisando que le es aplicable el régimen pensional de la Ley 91/89 con las demás normas vigentes para esa época, acudió a los contenidos de la Ley 33 de 1985, artículo 1º, para argüir que dicho mandato legal no instituye de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, anotando al efecto que, según sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, esa situación no impide incluir todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios, pues de esta forma se hacen efectivas sus derechos y garantías laborales.

Conforme al precepto 15 de la Ley 91/89, la liquidación de la pensión de jubilación ha de regirse por los Decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78, e insistió que el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue enfático al señalar que al momento de establecer la base de liquidación de esa prestación vitalicia, dichos factores han de ser tenidos en cuenta, tal como lo autoriza el artículo 45 del último de los decretos enunciados.

Finalmente, trasuntando apartes de providencias emanadas del Alto Tribunal varias veces referenciado, culminó su exposición destacando que, si no fueron realizados los respectivos descuentos sobre las primas y bonificaciones que

percibió, debe ordenarse lo pertinente frente al último año de servicio, incluyéndolas en todo caso en el valor de su pensión.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda, con el documento visible de folios 99 a 112, en oposición a las pretensiones de la parte actora.

Propuso las excepciones que denominó ‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL’, explicando que esa entidad no es empleadora de los docentes, no administra plantas de personal ni presta directamente el servicio educativo; ‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO’, en la medida que en el proceso de reconocimiento de las prestaciones docentes es un trámite que involucra a la entidad territorial y la fiduciaria; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’, porque la prima de servicios no es dable incluirla en la base pensional en virtud de los pronunciamientos de unificación; ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en el artículo 488 del CST; ‘BUENA FE’ atendiendo que el pago de las prestaciones docentes depende de la disponibilidad presupuestal; y la ‘GENÉRICA’.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora /fls. 220-229/. Determinando que el problema jurídico se circunscribe en determinar si le asiste el derecho a la demandante a la reliquidación de la pensión de invalidez sobre el 75% del promedio devengado durante el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales percibidos, acudió a los artículos 1 y 15 de la Ley 91/89, 3 de la Ley 33 de 1985 y 1 de la Ley 62 del mismo año.

Respecto a los factores para determinar la base de liquidación pensional, y hace un recuento de las posturas jurisprudenciales frente al tema,

refiriéndose en primer lugar, a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, donde precisó que tiene derecho a la reliquidación pensional equivalente al 75% del promedio devengado durante el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante ese lapso, sin embargo, aduce que en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableció que se deben tomar como factores salariales para la liquidación de la mesada pensional solo aquellos enlistados en la Ley 62 de 1985 sobre los que se hayan realizado aportes al sistema.

Aludiendo al caso concreto, determinó que la prima de servicios y la bonificación mensual no constituyen factores salariales con base en la citada regla hermenéutica, por lo que no es dable acceder a su inclusión en la base pensional de la parte actora.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible de folios 233 a 240, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, indicando que en su caso debe aplicarse la hermenéutica que venía utilizando esta jurisdicción especializada, con base en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, que permitía la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en virtud de la confianza legítima con la cual acudió a la administración de justicia. Haciendo un extenso análisis sobre la seguridad jurídica, cuestiona la postura de unificación vigente del Consejo de Estado, que a su juicio restringe los derechos de los docentes que se hallaban a la espera de obtener una decisión favorable a sus intereses, con base en una postura definida hasta ese entonces.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se declare la nulidad de la Resolución N° 089 de 5 de febrero de 2016, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales

percibidos en el último año de servicios, de manera concreta la prima de servicios y la bonificación mensual.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la postura erigida por la apelante y a lo expuesto por la Jueza *A quo*, el problema jurídico a resolver en el presente asunto se contrae a la dilucidación del siguiente interrogante

- *¿Qué factores salariales debían tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de la parte accionante?*

(I)

RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE Y LOS FACTORES SALARIALES COMPUTABLES

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, determinaba su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

“El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general....”

En efecto, el artículo 279 dispuso en lo pertinente:

“...Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”

En el tema de pensiones para institutores, la Ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión, también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito en el artículo 15 ibídem:

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

1...

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° 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 [...].”

A su vez, el inciso 4° del artículo 6° de la Ley 60 de 1993, al definir las prestaciones del sector docente dispuso que “el régimen aplicable a los actuales docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones”. Así mismo, la Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1, artículo 115, remite al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Finalmente, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 inciso 1º 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”.

Todo lo antes señalado indica que las normas a aplicar en el caso estudiado son las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

En este orden, la mencionada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, previó en su 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 jornada 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 [...].” /subrayas de la Sala/

Este Tribunal ha venido señalando de manera reiterada¹ que la normativa reproducida ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 1º, las pensiones se liquidarán teniéndolos también en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto.

De igual manera, se acudía a lo pregonado por el H. Consejo de Estado, que había considerado como salario *“lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den”*², postura que reiteró en providencia de 16 de febrero de 2012³, dando solidez a su propia tesis, plasmada en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de 4 de agosto de 2010⁴.

Por otra parte, cabe anotar que en sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado⁵ precisó que la interpretación respecto a la aplicación del IBL y factores salariales del artículo 36 de la Ley 100/93, no cubija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989.

Ante este panorama, el Tribunal venía esbozando que la Ley 33/85 rige la pensión ordinaria de los docentes, no en virtud de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100/93, sino por expresa remisión que hace la Ley 91 de 1989 al régimen general de prestaciones sociales del sector público anterior, es decir, las Leyes 33 y 62 de 1985.

¹ Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

² Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

⁵ C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación. Asunto: Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DOCENTE.

El veinticuatro (24) de abril de 2019, el H. Consejo de Estado profirió sentencia en la que unificó su postura en punto al Ingreso Base de Liquidación (IBL) y los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar las pensiones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM⁶.

En esta oportunidad, el máximo órgano de esta jurisdicción determinó que el mandato de correspondencia entre las cotizaciones hechas al sistema pensional y la liquidación de las prestaciones pensionales, regla contenida en el artículo 48 Superior, es inherente a la totalidad de regímenes pensionales en tanto prescripción constitucional, por lo que se separó de modo expreso de la tesis de unificación acogida hasta entonces, prevista la sentencia de cuatro (4) de agosto de 2010, y que venía aplicando incluso a los docentes afiliados al FNPSM.

A partir de lo anterior, distinguió entre aquellos docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, a quienes se aplica el régimen de prima media con prestación definida contenido en la Ley 100/93, y los educadores vinculados al servicio público educativo antes de proferida aquella norma, cuya situación pensional se gobierna por las previsiones de la Ley 33 de 1985.

En este último caso, que es el que interesa a la Sala de Decisión en el sub lite, La regla de unificación fue fijada en los siguientes términos:

“(…)

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. César Palomino Cortés, Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, 680012333000201500569-01.

72. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- a. **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 aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo**” /Resaltado del Tribunal, negrita del texto original/.

En consecuencia, partiendo del imperativo que representa la aplicación de las reglas jurisprudenciales adoptadas en sede de unificación por el Consejo de Estado, esta Sala De Decisión aplicará los parámetros descritos en la providencia parcialmente trasuntada, lo que impone ajustar la postura que al respecto había venido asumiendo esta colegiatura en materia de liquidación de pensiones docentes. Al respecto, se agrega que el órgano de cierre de esta jurisdicción dispuso la aplicación retrospectiva de dicho precedente, incluyendo dentro de este ámbito a los casos que se hallen pendientes de decisión en vía administrativa o judicial.

EL CASO CONCRETO.

En el *sub lite*, la funcionaria judicial de primera instancia negó las pretensiones de la demandante respecto a la inclusión de la prima de servicios y la bonificación mensual en la base de liquidación pensional de la parte accionante.

Bajo la égida del temperamento jurídico adoptado en sede de unificación, la prima de servicios no ha de tomarse como factor determinante del cómputo pensional, por no hallarse dentro del catálogo de emolumentos enlistados en la Ley 62 de 1985.

En cuanto a la bonificación mensual, si bien este rubro no se halla dentro de la lista de factores que hacen parte del cómputo pensional de acuerdo con lo establecido en la Ley 62 de 1985, esto ocurre por elementales razones cronológicas, pues fue creada 29 años después, mediante el Decreto 1566 de 2014, norma que expresamente le reconoce carácter salarial en su artículo 1 inciso 2°, por lo que sí procedía su inclusión en la base de liquidación pensional de la accionante ÁNGELA PATRICIA QUINTERO CUARTAS, más aun cuando se acreditó que fue devengada en el año anterior a la adquisición del estatus pensional /fl. 24/.

Por ende, se revocará el ordinal 3° del fallo frente a la decisión de no incluir la bonificación mensual dentro de la base de liquidación pensional, en consecuencia, se dispondrá reajustar la pensión teniendo en cuenta dicho rubro, y se confirmará en lo demás la decisión apelada.

EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En atención a lo expuesto, se ordenará reajustar la pensión de la señora **ÁNGELA PATRICIA QUINTERO CUARTAS** con el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus, esto es, **además de los factores ya reconocidos, la bonificación mensual**. Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

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

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor

certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

PRESCRIPCIÓN.

Se tiene que el Decreto 1848 de 1969 prescribe en su artículo 102, *ad pedem litterae*:

“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.”
/Subrayas extra texto/.

A partir de lo anterior, para este órgano colegiado en el *sub lite* no se configuró la prescripción, toda vez que no transcurrieron más de tres (3) años desde el reconocimiento pensional (5 de febrero de 2016) hasta la fecha de presentación de la demanda (12 de enero de 2018).

Colofón de lo expuesto, se revocará el ordinal 3º del fallo de primer grado, únicamente en lo que hace alusión a la no inclusión de la bonificación mensual, cuya inclusión se ordenará, manteniendo incólume en los demás aspectos el fallo apelado.

COSTAS.

No habrá condena en costas ni agencias en derecho por no darse los supuestos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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

FALLA

REVÓCASE el ordinal 3º de la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ÁNGELA PATRICIA QUINTERO CUARTAS**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**, únicamente en lo que respecta a no la inclusión de la bonificación mensual en el reajuste pensional.

En su lugar, **DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resolución N° 0089 de 5 de febrero de 2016, en cuanto omitió tener en cuenta la bonificación mensual en el cómputo pensional de la parte accionante.

A título de restablecimiento del derecho, **ÓRDÉNASE** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** reajustar la pensión de la señora **ANGELA PATRICIA QUINTERO CUARTAS** con el 75% de lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, además de los factores ya reconocidos, la bonificación mensual.

CONFÍRMASE en lo demás el fallo de primera instancia.

SIN COSTAS ni agencias en derecho en esta instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para lo pertinente, el proceso fue devuelto por el H. Consejo de Estado.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-23-33-000-2019-00061-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GYPLAC S.A.
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 31 de agosto de 2023, por medio de la cual se revocó la sentencia emitida en primera instancia por esta Corporación el 13 de agosto de 2020.

Ejecutoriado el presente proveído, por la Secretaría de la Corporación realícense las liquidaciones respectivas dentro del proceso y archívese previo a la correspondiente anotación en el programa informático del Sistema de Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
No. 169
Fecha: 26 de septiembre de 2023

17-001-33-33-002-2019-00306-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 173

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 2º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora **DORA CECILIA HERNÁNDEZ GUZMÁN** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

I) La declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto originado ante la falta de respuesta de la petición presentada el 31 de octubre de 2018, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 70 días siguientes a la radicación de la solicitud de auxilio de cesantías, y hasta la fecha del pago total de dicho auxilio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita:

i) Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la

cesantía ante la entidad y hasta la fecha del pago total de las cesantías reconocidas.

ii) Condenar en costas a la entidad accionada.

CAUSA PETENDI.

- El 30 de abril de 2018 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 6676-6 de 30 de julio de 2018 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación fue cancelada el 11 de noviembre de 2018 a través de entidad bancaria.
- Mediante el acto ficto demandado, el FNPSM negó el reconocimiento de la sanción por mora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

En suma, refiere que las leyes 244/95 y 1071/06 regularon el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, determinando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago, una vez se expida el acto administrativo correspondiente. Con todo, rememora, la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago no debe superar los setenta (70) días hábiles después de haberse radicado la petición, y no obstante, añade, el FNPSM cancela por fuera de ese término, acarreándole con ello una sanción equivalente a un (1) día de salario del docente, contado a partir de aquel lapso hasta el momento en que cancela la prestación deprecada.

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** se pronunció con el escrito que milita en el documento digital N° 7, en oposición a las pretensiones de la parte demandante, anotando que la entidad territorial cumplió con los términos a su cargo en el trámite de las cesantías docentes, además, que la demanda está dirigida exclusivamente contra la **NACIÓN**, por lo que el departamento no puede resultar condenado, so pena de desbordar los linderos del litigio.

Propuso como excepciones las de ‘**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**’, basada en que la competencia para reconocer y pagar derechos prestacionales de los docentes está en cabeza exclusiva del **FNPSM**; ‘**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY**’, pregonando la inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al gremio docente, pues esta norma gobierna la situación de los servidores públicos en general; ‘**BUENA FE**’, en tanto ha actuado apegado a sus funciones legales; ‘**PRESCRIPCIÓN**’, de acuerdo con los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda según consta en el documento PDF N° 21, página 3.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 2ª Administrativa de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 27 del expediente electrónico.

Como razón básica de la decisión, luego de hacer un esbozo sobre las reglas que rigen el reconocimiento de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, expuso la funcionaria judicial que en el caso concreto la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** superó los términos de ley, y siguiendo la

pauta trazada por la jurisprudencia del Consejo de Estado declaró nulo el acto demandado, disponiendo en su lugar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria entre el 16 de agosto y el 27 de septiembre de 2018, suma a la que se aplicará la actualización prevista en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 29, anotando que la sanción moratoria pretendida ya fue cancelada en su integridad en virtud de contrato de transacción, por un valor de \$ 4'356.916.

De otro lado, centra su desacuerdo en la presunta responsabilidad de la entidad territorial, en idénticos términos a la argumentación expuesta en el escrito de contestación de la demanda, para lo cual reprodujo de forma íntegra la argumentación que sustentó la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario, insistiendo en que no fue esa entidad la causante de la mora que se demanda en el sub lite, por tratarse de un periodo de mora posterior a la expedición de la Ley 1755 de 2020. Así mismo, reitera que la entidad territorial es la responsable del pago de la sanción por mora reclamada, por la expedición tardía del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, lo que deriva en su responsabilidad en los términos del artículo 57 parágrafo de la Ley 1955 de 2019, que también prohíbe el uso de los recursos del fondo de prestaciones del magisterio para pagar las sanciones por el pago tardío de prestaciones sociales.

Insiste que con base en dicha norma, no hay lugar a dudas en que las sanciones moratorias causadas con posterioridad al 1° de enero de 2020 corresponden a la entidad territorial y no al FNPSM, por lo que considera que el juez de primera instancia incurrió en un error trascendente.

Finalmente, estima que no procede la indexación de la sanción moratoria ni la condena en costas, que a su juicio, no procede de forma automática.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

CUESTIÓN PREVIA.

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

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

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

En caso afirmativo,

- **¿Qué entidad debe asumir el pago de la sanción?**
- **¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?**

(I)

LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS

El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONA Y MODIFICA LA LEY 244 DE 1995, SE REGULA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SE ESTABLECEN SANCIONES Y SE DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN", establece a letra:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“...Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase Ley 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que

quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria...

...

...

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante...” /Anotación entre paréntesis, líneas y resaltado son de la Sala/.

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

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

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce

las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes”.

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

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

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

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación,

correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

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

(...)

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

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que la señora DORA CECILIA HERNÁNDEZ CAÑÓN solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 30 de abril de 2018, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 23 de mayo de 2018, y teniendo en cuenta que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 6676-6 el 30 de julio de 2018, la declaración administrativa ha de reputarse extemporánea (PDF N° 3, págs. 4-5).

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18), el Consejo de Estado

determinó las reglas aplicables al cómputo de la sanción moratoria, dependiendo de la expedición del acto de reconocimiento y su notificación, y en lo que atañe al caso concreto estableció la siguiente hipótesis:

“(…)

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

(…)”

En ese orden, el tiempo límite para efectuar el pago expiraba el 15 de agosto de 2018, y teniendo en cuenta que estas fueron canceladas el 28 de septiembre de 2018 (PDF N° 3, pág. 8), ello da lugar a la sanción moratoria entre el 16 de agosto y el 27 de septiembre de 2018, tal como lo concluyó la jueza.

En cuanto a la responsabilidad del DEPARTAMENTO DE CALDAS con base en la Ley 1955 de 2019, punto sobre el cual gira el grueso de los argumentos de la apelación contra el fallo de primera instancia, ha de manifestar la Sala que la mora se produjo antes de la vigencia de esta norma, por lo que no resulta aplicable en el sub lite.

Y frente a la supuesta transacción, este no fue un tema abordado en la sentencia de primera instancia. Incluso, advierte la Sala que con el proveído que milita en el PDF N° 12, la jueza de primera instancia denegó la terminación del proceso por transacción, mismo que no fue objeto de recursos. Adicionalmente, los soportes de pago allegados por la entidad demandada con el escrito de apelación se refieren al auxilio de cesantías y no a la sanción moratoria, que es lo que se pide en este caso, y en todo caso, tal como lo dispuso la funcionaria judicial de instancia, en caso de que se hayan efectuado pagos por conceptos de la sanción moratoria, habrán de tenerse en cuenta al momento de su liquidación.

INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

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

Así mismo, se ha pregonado que aplicar una corrección monetaria sobre la sanción, implicaría desconocer que la penalidad se reconoce sobre valores actualizados, precisamente porque para su liquidación se toman los salarios de cada uno de los años en los que se produce la mora, lo que de por sí ya implica que las sumas han sido traídas a valor presente. En este sentido también se pronunció el máximo tribunal de esta jurisdicción en la misma sentencia de unificación:

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

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

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

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

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

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor

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

total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA” /Destaca la Sala/.

Por ende, con base en dicha postura, ratificada en sentencia del 29 de octubre de 2020⁴, la sanción reconocida debe indexarse desde la fecha en que cesó la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del canon 187 de la Ley 1437 de 2011, tal como se definió en sede de primera instancia.

LAS COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNSPM también cuestiona la condena en costas efectuada en su contra en el fallo censurado, arguyendo sobre el particular que la conducta por ella desplegada estuvo en todo momento cobijada por la buena fe, y que no procedía su imposición de forma automática.

En sentir de la Sala, dicha intelección no está llamada a salir avante, no solo por cuanto a voces del artículo 188 de la Ley 1437/11⁵ la sentencia debe disponer sobre la condenación en costas, sino también por cuanto, al acudir al Código General del Proceso, su artículo 365 numeral 1 consagra que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...”⁶, sin atarse de modo alguno a la conducta que hubiere reflejado en el trámite procesal.

Además, el inciso 2° del canon 188 del C/CA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 únicamente permite al juez administrativo abstenerse de proferir condena en costas tratándose de la parte actora, cuando su demanda no esté desprovista de fundamento legal, pero ninguna regulación al respecto

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

⁵ Dice a letra la norma: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

⁶ Cabe mencionar que dicha disposición se encontraba regulada de manera equivalente en el derogado artículo 392-1 del CPC.

contiene tratándose de la parte accionada.

En este orden, debe tenerse presente que desde la entrada en vigencia del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) previsto en la Ley 1437/11, la condena en costas no se halla condicionada a la actividad o conducta desplegada por los sujetos procesales (criterio subjetivo) -como sí acaecía en el otrora vigente Decreto 01/84-, sino que su imposición en sentencia encuentra como cardinal criterio la parte que resulte desfavorecida con la decisión de mérito que se dicte y la causación efectiva de las mismas (criterio objetivo-valorativo).

En este orden de ideas, no encuentra este Juez Plural que la condena en costas ordenada por el Juez *A quo* en contra de la entidad llamada por pasiva amerite ser reconsiderada.

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE contra la sentencia proferida por el Juzgado 2º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora DORA CECILIA HERNÁNDEZ GUZMÁN dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por ella promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-002-2022-00025-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 170

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 9º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora SANDRA MILENA DUQUE CASTAÑO dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 342 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda según consta en el PDF N° 19.

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

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 9° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 25 del expediente electrónico.

En primer término, indicó el juez que las normas especiales que regulan el régimen de cesantías de los docentes, no existe una operación financiera como la consignación de las cesantías en cuentas individuales, pues el FNPSM se administra con base en el principio de unidad de caja, con pluralidad de fuentes de financiación y sin que existan cuentas para cada educador, requisito fundamental para la aplicación de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990, sumado al carácter privado del fondo, que tampoco se cumple en el caso de los profesores. Entre tanto, precisó que este tipo de servidores públicos cuenta con el régimen consagrado en la Ley 1071 de 2006 en caso de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías, bien sean parciales o definitivas. Tampoco halló aplicable el principio de favorabilidad, por la inexistencia de 2 normas que gobiernen la situación planteada, y por cuanto de acudirse a la normativa deprecada, se desatendería el principio de inescindibilidad.

Y en cuanto a los intereses adujo que se encuentran regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, por lo que no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en las normas generales establecidas en la Ley 52 de 1975.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N°28, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su

condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...
...
...

3. Cesantías:

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

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

vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

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

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

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del

Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...)/Destacado del Tribunal/”.

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 27 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 9º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **SANDRA MILENA DUQUE CASTAÑO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00072-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 171

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

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 505 de 22 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°14 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’, por una indebida denominación del acto demandado; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando que en el caso de los docentes no hay consignación a una cuenta individual.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 15, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 26 del expediente electrónico.

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

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses oportunamente, dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N°28, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento

únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...
...
...

3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés

anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

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

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 27 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **ADRIÁN RÍOS BOTERO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00090-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 172

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

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 326 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°14 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones de fondo las denominadas ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, pues no ostenta la condición de empleador de los docentes afiliados a ese fondo, lo son las entidades territoriales; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, reiterando que en el caso de los docentes no hay consignación a una cuenta individual, como ocurre con otro tipo de servidores, quienes sí pueden acceder a las sanaciones deprecadas; ‘PRESCRIPCIÓN’; ‘CADUCIDAD’ aludiendo al incumplimiento de los términos consagrados en el artículo 164 del C/CA; ‘PROCEDENCIA DE LA CONDENACIÓN EN COSTAS CONTRA EL DEMANDANTE’ y la ‘GENÉRICA’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 15, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a

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

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 25 del expediente electrónico.

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

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses oportunamente, dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 28, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

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

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

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

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año

siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

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

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

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

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

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

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

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

máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

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

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

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):

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

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

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

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

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

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

mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 21 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **OLGA LUZ LOAIZA RÍOS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00095-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 176

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

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 248 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°15 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones de fondo las denominadas ‘LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS EN NULIDAD’, planteando el estricto cumplimiento de las normas legales; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, atendiendo la especialidad del régimen docente y que la normativa especial de los docentes no consagra las sanciones deprecadas.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 16, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 19 del expediente electrónico.

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

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses oportunamente, dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 27, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han

sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

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

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

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

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año

siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

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

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

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal

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

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

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

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

3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

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

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

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

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

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

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

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es

decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 24 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JEISON ANDRÉS MARÍN GARCÍA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00097-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 174

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

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 262 de 8 de septiembre de 2021.

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

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

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

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

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

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

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

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

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

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

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

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus

intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I) RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los

recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

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

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

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 25 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

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

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

RECONCÓCESE personería a las abogadas **SANDRA MILENA BURGOS BELTRAN** (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y **LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ** (C.C. N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 5-6 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-001-2022-00125-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 177

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 9º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ELSA VICTORIA LÓPEZ AGUIRRE** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 224 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°18 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías; ‘CADUCIDAD’ ante el incumplimiento del término consagrado en el canon 164 de la Ley 1437 de 2011; y la ‘GENÉRICA’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 23, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 9° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 33 del expediente electrónico.

En primer término, indicó el juez que las normas especiales que regulan el régimen de cesantías de los docentes, no existe una operación financiera como la consignación de las cesantías en cuentas individuales, pues el FNPSM se administra con base en el principio de unidad de caja, con pluralidad de fuentes de financiación y sin que existan cuentas para cada educador, requisito fundamental para la aplicación de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990, sumado al carácter privado del fondo, que tampoco se cumple en el caso de los profesores. Entre tanto, precisó que este tipo de servidores públicos cuenta con el régimen consagrado en la Ley 1071 de 2006 en caso de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías, bien sean parciales o definitivas. Tampoco halló aplicable el principio de favorabilidad, por la inexistencia de 2 normas que gobiernen la situación planteada, y por cuanto de acudirse a la normativa deprecada, se desatendería el principio de inescindibilidad.

Y en cuanto a los intereses adujo que se encuentran regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, por lo que no procede la aplicación

parcial de lo dispuesto en las normas generales establecidas en la Ley 52 de 1975.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 35, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

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

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con el memorial que milita en el documento N° 7 del cuaderno digital N° 2, el Ministerio Público conceptuó que la sentencia apelada debe confirmarse, pues argumenta que la parte accionante pretende que se efectuó una mixtura o híbrido normativo entre dos regímenes de cesantías diferentes, de una parte: el de la Ley 50 de 1990 en armonía con la Ley 52 de 1975; de la otra: el de la Ley 91 de 1989, que resultan incompatibles. Concluyó que el régimen especial de cesantías de los docentes afiliados al FNPSM, excluye la aplicabilidad de

regímenes diferentes frente a lo solicitado y bajo el principio favorabilidad, por el mandato de inescindibilidad normativa.

Por lo tanto, estimó que a la parte actora no le son aplicables las sanciones previstas por consignación tardía de las cesantías reguladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de que trata el artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

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

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

en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 9º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ELSA VICTORIA LÓPEZ AGUIRRE** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00129-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 178

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

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 343 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, según consta en el documento PDF N° 14.

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

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel

retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

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

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

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

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

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

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

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

aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 22 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

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

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y

a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

RECONCÓCESE personería a las abogadas SANDRA MILENA BURGOS BELTRAN (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ (C.C. N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 5-6 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00142-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 179

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

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 520 de 22 de septiembre de 2021.

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

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96,

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°9 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

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

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 10, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 18 del expediente electrónico.

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

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses a las cesantías dentro del plazo establecido en el

Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 20, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

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

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N° 3 del cuaderno digital N° 2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos 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 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

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

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

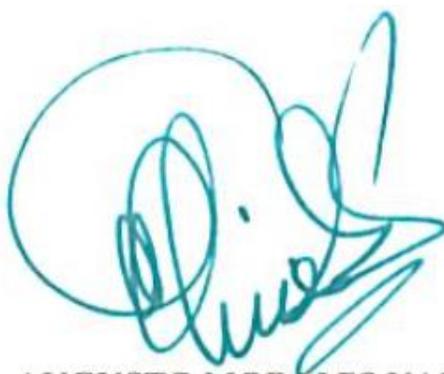
RECONCÓCESE personería a las abogadas SANDRA MILENA BURGOS BELTRAN (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ (C.C. N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 4-5 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00176-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintidós (22) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 180

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

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 699 de 12 de octubre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°9 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

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

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 10, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 18 del expediente electrónico.

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

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

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

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 19, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han

sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N° 3 del cuaderno digital N° 2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetra se confirme el fallo impugnado.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

**(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES**

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

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

posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en

que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

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

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

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades

territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

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

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías

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

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

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo

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

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

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

Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

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

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

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

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

mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

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

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

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

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

<i>anual):</i> <u>\$400.000</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 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 22 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta instancia, se

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

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

FALLA

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

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

RECONCÓCESE personería a las abogadas **SANDRA MILENA BURGOS BELTRAN** (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y **LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ** (C.C. N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 4-5 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 047 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Acción	Cumplimiento de normas con fuerza de ley
Radicación	17 001 33 33 002 2023 00216 00
Demandante	Daniel Alfredo Ortega Monsalve
Demandado	Municipio de Riosucio – Caldas – Secretaría de Tránsito.
Providencia	Sentencia No. 175

Se dispone la Sala a dictar sentencia de **segunda** instancia dentro del asunto de la referencia.

I. **Antecedentes**

1. **Pretensiones**

Las pretensiones en el escrito de cumplimiento son las siguientes:

“1) Que se ordene a la POLICÍA NACIONAL DE TRÁNSITO de RIOSUCIO (autoridad demandada) el cumplimiento de lo establecido en las normas mencionadas como incumplidas.

2) Que se ordene a la Secretaría de Movilidad (Tránsito) de RIOSUCIO que retire el (los) comparendos de la base de datos del SIMIT y demás bases de datos de infractores en cumplimiento de la prescripción.

3) Que se ordene a la autoridad de control competente, adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias”.

2. Hechos

Funda sus peticiones en que, la secretaría de movilidad de Riosucio impuso al demandante comparendos números 99999999000000280166, 99999999000000055591, 99999999000000054831 y 99999999000000054830; y que, posteriormente profirió la resolución sancionatoria dentro del primer año.

Refiere que, se inició cobro coactivo dentro de los siguientes 3 años; por lo que, en total transcurrieron más de 6 años (3 años del comparendo y otros 3 años del cobro coactivo), siendo renuente el tránsito a aplicar el artículo 159 del Código Nacional de Tránsito y el artículo 818 del Estatuto Tributario, sin decretar la prescripción ordenada en dicha norma.

3. Contestación de la accionada (Documento 06 del expediente digital).

El demandado municipio de Riosucio se pronuncia frente a los hechos de la demanda y, solicita se nieguen las pretensiones de la misma argumentando que, en las actuaciones surtidas en la Secretaría de Tránsito, ha prevalecido el ejercicio y cumplimiento de la constitución y las leyes, y ha velado por los intereses esenciales estatales, por lo que, no es dable ordenarse dar cumplimiento a la normatividad, ya que no existe tal incumplimiento legal.

Expone a su vez que, no es propio de esta acción lo perseguido en la pretensión del accionante, por resultar de improcedencia la orden que solicita se imparta en dirección a la Subsecretaría de Movilidad de Riosucio, Caldas; y que, no es del resorte de este medio de control la declaratoria de prescripción, ni la revocatoria de los actos administrativos, u ordenes de comparendo, proferidos por su

dependencia a través de la Subsecretaría de movilidad, como lo son las resoluciones de sanción.

Finalmente propone las excepciones que denominó *“Improcedencia por falta de constitución en renuencia como requisito de la Ley 393 de 1997”* e *“Improcedencia por falta de constitución en renuencia como requisito de la Ley 393 de 1997”*.

4. Sentencia de primera instancia (Documento 11 del expediente digital)

Mediante sentencia número 139 proferida el 21 de julio de 2023, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

“PRIMERO. - *DECLARAR probada de oficio la excepción de “Improcedencia del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos por existir otro medio de defensa judicial” propuesta por el demandado por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*

SEGUNDO. - *En consecuencia, NEGAR la pretensión elevada por el demandante, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

TERCERO. – *NOTIFICAR conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.*

CUARTO. - *En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso. La Secretaría liquidará los gastos del proceso; si quedaren remanentes efectúese su devolución”.*

Hace la Juez una exposición de las generalidades del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos, se adentra en el estudio del proceso de cobro coactivo de comparendos de tránsito; y, hace un recuento de las actuaciones surtidas en la administración, relacionadas con la solicitud de prescripción de unos comparendos impuestos por la autoridad municipal.

Expone la Juez que, al señor Daniel Alfredo Ortega Monsalve le fueron impuestos unos comparendos por la autoridad de tránsito, y que tiempo después conforme al trámite administrativo le fue impuesta sanción mediante resolución en la cual se liquidó la multa, adelantándose en su contra varios procesos de cobro coactivo ante la falta de pago de los comparendos, expidiéndose los correspondientes mandamientos de pago, que fueron debidamente notificados, y con respecto a los cuales ahora solicita la prescripción de los mismos.

Considera la Juez que, con fundamento en la normatividad vigente y jurisprudencia del Consejo de Estado se llega a las siguientes conclusiones “1) *el accionante en este asunto pretende el estudio y análisis del reconocimiento de un derecho y la interpretación de las normas que consagran intereses subjetivos, lo que se aparta del objetivo de este medio de control; 2) es por ello que el demandante debe invocar lo pretendido durante el proceso de cobro coactivo, o atacando la decisión proferida y motivada por la petición realizada al ente territorial, a través de la cual se negó la respectiva prescripción, es decir, contra el mandamiento de pago puede proponer la excepción de prescripción, si la considera que la misma es factible, y de ser negada dicha excepción puede demandar dicho acto administrativo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, o también demandar mediante el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho el acto que negó la solicitud de prescripción elevada, y el cual es adjuntado con los anexos de la demanda; 3) no puede solicitarse mediante este medio de control ordenar a una autoridad administrativa que modifique o adelante determinado procedimiento o decisión; 4) mediante la acción de cumplimiento no se puede sustituir a la autoridad competente para resolver sobre el reconocimiento de un determinado derecho, y en este caso decretar la prescripción de los comparendos; y 5) tampoco por este medio de control se puede debatir la legalidad de la decisión adoptada por la autoridad administrativa”*

Argumenta la Juez que, no puede solicitarse mediante este medio de control que una autoridad modifique o adelante determinado procedimiento, o profiera una decisión; puesto que, mediante la acción de cumplimiento no se puede sustituir a la autoridad competente para resolver sobre el reconocimiento de un determinado derecho, y en este caso decretar la prescripción de los comparendos; y que, tampoco por este medio de control se puede debatir la legalidad de la decisión adoptada por la autoridad administrativa.

Finalmente, considera declarar de oficio la excepción de *“Improcedencia del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos por existir otro medio de defensa judicial”*, y negar las pretensiones de la demanda.

5. El recurso de apelación (Documento 13 del expediente digital)

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por la Juez de primera instancia, exponiendo que no incurrió en ninguna de las causales de improcedibilidad del artículo 9 de la ley 393 de 1997, porque lo que solicita es el cumplimiento de una norma y no la protección de un derecho fundamental.

Expone que no cuenta con otro mecanismo judicial para hacer efectivo el cumplimiento de las normas deprecadas en su escrito de demanda; y que, no era procedente en este caso, acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o nulidad simple, porque no se solicita la anulación de una norma o que se protejan derechos colectivos, sino el cumplimiento de unas normas siendo este el medio idóneo.

Reprocha que, no se tuvo en cuenta a su juicio, el cumplimiento de los requisitos del artículo 10 de la ley 393 de 1997.

Refiere que no se estudia *“que la prescripción es un instituto de orden público según la sentencia C – 556 de 2001 según el cual el estado cesa su facultad sancionatoria, y que, no se tuvo en cuenta que según el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia no hay penas ni medidas de seguridad imprescriptibles y que ellos se aplica también para casos administrativos como lo establece la sentencia C - 240 de 1994.”*

Finalmente, sostiene que no se tuvo en cuenta normas del Código Nacional de Tránsito, del CPACA, del Estatuto Tributario y constitucionales; así como providencia del Consejo de Estado del año 2016; y aduce que tampoco se tuvo en cuenta *“que existe un delito llamado prevaricato por acción y por omisión tipificados como tal en los artículos 413 y 414 del código penal y, el más importante de todos, el del artículo 454 ibidem que habla sobre fraude a resolución judicial pues las sentencias del honorable Consejo de Estado son de obligatorio cumplimiento según el artículo 10 de la ley 1437 de 2011”*.

II. Consideraciones de la Sala

El primer problema jurídico que se debe resolver en el presente asunto es, si se encuentran acreditados en este caso los requisitos necesarios para la procedencia del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de ley; y de ser así, si hay lugar a declarar la prescripción de las obligaciones solicitadas por el accionante.

1. Marco normativo.

El artículo 146 de la ley 1437 de 2011 relacionada con el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos contempla:

“Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”

Por su parte, el artículo 87 de la Constitución Política señala:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”

La ley 393 de 1997 “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”, dispone en sus artículos 1, 2 y 8:

“Artículo 1º.- Objeto. *Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.*

Artículo 2º.- Principios. *Presentada la demanda, el trámite de la Acción de Cumplimiento se desarrollará en forma oficiosa y con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.*

(...)

Artículo 8º.- Procedibilidad. *La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.”

2. Marco Jurisprudencial.

Reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha precisado que, el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, procede contra toda omisión de la autoridad que permita el incumplimiento de éstas en el siguiente sentido:

“(...) 2. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

22. *La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.*

23. *En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997, que reglamenta esta acción, **exige como requisito de procedibilidad “la renuencia”** (artículo 8°), esto es, **haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desacatado**, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.*

24. *Para que la demanda proceda, se requiere:*

a) *Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto;*

b) *Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;*

c) *Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse vía acción de tutela.*

25. *A pesar de lo anterior, debe precisarse que es lo cierto que dicho precepto omitió mencionar desde cuándo se hace exigible dicha obligación*

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021). C.P. Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil. Rad. 05001-23-33-000-2021-01573-01 (ACU)

y no puede este juez constitucional desconocer que la acción de cumplimiento tiene por objeto el acatamiento de mandatos claros, expresos y exigibles y esta última condición impone, entre otras, que la norma que contenga el mandato que se reclama establezca desde cuándo resulta reclamable, lo que no ocurre en este asunto.

26. Sumado a lo dicho, la Sala encuentra que el mandato también está sometido a condiciones que no han sido cumplidas, lo cual impide que se puede ordenar su acatamiento. (...)" (Subraya la Sala y Negrillas del texto)

De la sentencia en cita, queda claro que, los requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento son la constitución en renuencia, que la norma que se invoca como incumplida, contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública, y que se establezca que existe desatención de la norma; también que se pruebe que antes de presentar la demanda, se exigió el cumplimiento del deber legal; y que, el afectado, no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo.

3. De los requisitos de procedencia en el sub examen.

Para determinar lo correspondiente en el asunto debatido, se hace necesario estudiar los requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento, regulada por la Ley 393 de 1997, los que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Que el deber jurídico cuyo cumplimiento se exige por medio de la acción esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos.
2. Que la consagración de tal deber se haya hecho en un mandato imperativo e inobjetable exigible a la autoridad a la cual se le esté reclamando el cumplimiento.
3. Que la administración haya incumplido el mandato legal o administrativo del caso.

4. Que la administración se encuentre renuente a cumplir y tal renuencia sea probada por el demandante.

5. Que el afectado no tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo en el caso en que, de no proceder el juez de cumplimiento, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

Así, para que la acción de cumplimiento tenga vocación de prosperidad es necesario que concurra en el caso concreto la totalidad de los elementos que acaban de ser descritos, de manera que la ausencia de uno o varios de ellos impide una sentencia de fondo favorable a las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el artículo 9 de la ley 393 de 1997 contempla frente a la improcedibilidad del medio de control de Cumplimiento:

***“Artículo 9o. Improcedibilidad.** La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.*

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

***Parágrafo.** La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.”* (Subraya la Sala).

4. De las normas que se reputa el incumplimiento

Ahora bien, las normas cuyo cumplimiento se exige, son las contenidas en el artículo 159 del Código Nacional de Tránsito Terrestre y, el artículo 818 del Estatuto Tributario, las cuales establecen:

“Artículo 159. Cumplimiento. <Artículo modificado por el artículo 206 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario.

Las sanciones impuestas por infracciones a las normas de tránsito prescribirán en tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho; la prescripción deberá ser declarada de oficio y se interrumpirá con la notificación del mandamiento de pago. La autoridad de tránsito no podrá iniciar el cobro coactivo de sanciones respecto de las cuales se encuentren configurados los supuestos necesarios para declarar su prescripción.

Las autoridades de tránsito deberán establecer públicamente a más tardar en el mes de enero de cada año, planes y programas destinados al cobro de dichas sanciones y dentro de este mismo periodo rendirán cuentas públicas sobre la ejecución de los mismos.

Parágrafo 1. *las autoridades de tránsito podrán contratar el cobro de las multas que se impongan por la comisión de infracciones de tránsito.*

Parágrafo 2. *Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. El monto de aquellas multas que sean impuestas sobre las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional de Colombia, adscrito a la Dirección de Tránsito y Transporte, se distribuirá en un cincuenta por ciento (50%) para el municipio donde se entregue el correspondiente comparendo y el otro cincuenta por ciento (50%) para la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, con destino a la capacitación de su personal adscrito, planes de educación y seguridad vial que adelante esta especialidad a lo largo de la red vial nacional, locaciones que suplan las necesidades del servicio y la construcción de la Escuela de Seguridad Vial de la Policía Nacional.”*

“Artículo 818. Interrupción y suspensión del término de prescripción. *El término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.*

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

El término de prescripción de la acción de cobro se suspende desde que se dicte el auto de suspensión de la diligencia del remate y hasta:

- *La ejecutoria de la providencia que decide la revocatoria,*
- *La ejecutoria de la providencia que resuelve la situación contemplada en el artículo 567 del Estatuto Tributario.*
- *El pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el caso contemplado en el artículo 835 del Estatuto Tributario.”*

De lo expuesto, para esta Sala es claro que, las normas de las cuales se reputa el incumplimiento están relacionadas con actuaciones administrativas de tipo sancionatorias por la infracción de normas de tránsito; y, la prescripción de la acción de cobro; la cual se solicita expresamente en la demanda, pidiendo el demandante se retiren los comparendos impuestos de la base de datos del SIMIT en cumplimiento de ésta; comparendos que identifica en el hecho primero de la demanda.

5. Del caso concreto

Al revisar el escrito de constitución en renuencia, se evidencia que allí se solicita a la autoridad demandada expresamente entre otros lo siguiente:

“1) Por favor se aplique al comparendo 9999999000000280166, 9999999000000055591, 9999999000000054831 y 9999999000000054830 la prescripción de que habla el artículo 159 del código nacional de tránsito en concordancia con el artículo 162 ibídem, los artículos 10 y 100 de la ley 1437 de 2011 y el artículo 818 del Estatuto Tributario, así como la sentencia C – 240 de 1994, la sentencia C – 556 de 2001 y el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia.

Lo anterior debido a que el comparendo 9999999000000280166, 9999999000000055591, 9999999000000054831 y

99999999000000054830 tiene más de 3 años luego iniciado el mandamiento de pago”.

De igual manera, en la respuesta dada por la administración, se extrae:

“(..) Dichas resoluciones de Mandamiento de pago No.2909-9111-8853-9121 se notificaron por aviso el día 27 de julio de 2018 y 05 de marzo de 2020, a través de la plataforma del SIMIT y de la página web de la alcaldía.

Cabe anotar, que esta dependencia brindó la oportunidad de que se presentaran excepciones o recursos frente a los actos administrativos dentro del término oportuno, sin embargo, no hubo tal actuación; quedando en firme los actos administrativos, y por consiguiente se dio continuidad al proceso de cobro coactivo, razón por la cual no es posible acceder a la pretensión de declarar la prescripción del comparendo.

El artículo 88 de la ley 1437 de 2011 establece que: "Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar. Y el artículo 829 del Estatuto Tributario: Artículo adicionado por el artículo 105 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto establece: "En el procedimiento administrativo de cobro, no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de discusión en la vía gubernativa".

En conclusión, lo invito a que se acerque a la Subsecretaría de Movilidad de Riosucio, o a cualquier secretaria de tránsito del país, con el fin de cancelar lo adeudado por el comparendo”

De lo expuesto, queda claro que, en este asunto se pretende el cumplimiento de unas normas, que en realidad buscan poner fin o resolver unas situaciones administrativas particulares del demandante, con relación a unos comparendos impuestos de los cuales pretende la prescripción y, ello busca solucionarlo en un medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de ley, que es un medio de control expedito y residual.

También se advierte que, el mandato inobjetable que se predica en este asunto, es precisamente el de la prescripción en las infracciones de tránsito; lo cual no puede ordenarse en un medio de control como este; pues dicha declaratoria corresponde en primer lugar a la administración municipal; y, dependiendo de lo

que allí se disponga, podrá discutirse mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto del cual es posible, la solicitud de medidas cautelares, siendo ese medio, y no este, el pertinente para las pretensiones expuestas en este asunto, no solo de manera expresa; sino las consecuencias jurídicas que necesariamente se desprenden de las mismas.

Por lo expuesto, no resulta posible que, a través del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de ley, se pretenda ordenar a la autoridad municipal en este caso, que declare la prescripción de unas acciones de cobro, originadas en multas de tránsito, y, menos aún, el retiro de los comparendos impuestos al demandante. Ello, por cuanto este medio de control de cumplimiento, no resulta ser el mecanismo idóneo para los fines pretendidos; máxime cuando, para resolver el fondo del asunto, se precisa un estudio particular del trámite adelantado por la Secretaría de Tránsito de Riosucio - Caldas, las situaciones particulares del caso, y determinar si los actos que se piden sacar de la vida jurídica conservan o no su presunción de legalidad.

Así las cosas, en el presente asunto existen unos actos administrativos de carácter particular, respecto de los cuales el demandante tiene otro instrumento judicial para lograr su cumplimiento.

El Consejo de Estado² ha precisado:

“(...) En este sentido, observa la Sala que hasta tanto el funcionario ejecutor no dé por terminado el proceso de cobro coactivo por jurisdicción administrativa y ordene el archivo del expediente, no puede concluirse que exista un incumplimiento por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

Para la Sección, decretar el cumplimiento de los artículos 99 numeral 5 y 101 de la Resolución 1235 de 2014, y en consecuencia, ordenar que se declaren probadas las excepciones de ausencia de título y prescripción de la acción de cobro, implica que automáticamente se declare que éste tiene derecho a ello, aspecto sobre el cual, el juez de la acción de cumplimiento

² Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 8 de marzo de 2018. CP. Dra. Rocío Araújo Oñate. Rad. 47001 23 33 000 2017 00423 01.

no tiene competencia, toda vez que corresponde determinarlo al funcionario ejecutor, quien establecerá si le asiste razón al actor, si hay lugar o no a la prescripción de la acción de cobro.

Sumado a lo anterior, encuentra la Sala que ordenar lo pretendido por el señor De Ávila Cerpa, sin que medie un análisis de las circunstancias fácticas que rodean el caso, lejos de procurar la vigencia del ordenamiento jurídico, terminaría por desconocerlo, asunto que a todas luces escapa al objeto y finalidad de la acción de cumplimiento.

Así las cosas, las circunstancias descritas conducen a denegar las pretensiones de la demanda, habida cuenta que no se dan los presupuestos necesarios para impartir la orden de cumplimiento, una decisión contraria, terminaría por crear una situación fáctica y jurídica indeseable para la administración.

En consonancia con lo anterior, recuerda la Sala que el fin último de la acción de cumplimiento es procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, en aquellos casos en que las autoridades públicas no dan estricto cumplimiento al deber jurídico o administrativo que les es exigible y que, la controversia propuesta en el sub lite va más allá de exigir el cumplimiento de los artículos 99 numeral 5 y 101 de la Resolución 1235 de 2014, en tal medida, la ausencia de título y prescripción de la acción de cobro debe ser resuelta por el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. (...)"

Ahora, contrario a lo planteado por el accionante en el recurso de apelación, si incurrió en este caso en una de las causales de improcedibilidad del artículo 9 de la ley 393 de 1997, como lo es que el afectado cuenta con otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de las normas invocadas; impugnar la legalidad de los actos administrativos y procurar el restablecimiento del derecho en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; resaltando que, en este asunto, el demandante no probó siquiera sumariamente, la existencia de un perjuicio grave e inminente, en virtud del cual pudiera aceptarse la procedencia del medio de control de cumplimiento.

Así mismo, tampoco se advierte la inobservancia por parte de la Juez de primera instancia, del cumplimiento de los requisitos del artículo 10 de la ley 393 de 1997, los cuales tiene que ver con la solicitud elevada, pero no puede entenderse ello,

como la procedencia de la demanda, y menos aún, la resolución favorable ante sus pretensiones.

Por lo considerado, para esta Sala de decisión, resulta improcedente el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de Ley para lo pretendido en este asunto, por lo que, hay lugar a confirmar la sentencia proferida en primera instancia por la Juez Octava Administrativa el 21 de julio de 2023.

Es necesario dejar presente que, en este sentido ya ha habido pronunciamiento por parte de este Tribunal³ el 13 de abril de 2023, en asunto de similitud fáctica y jurídica.

6. De la condena en costas.

En este caso no hay condena en costas de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, por tratarse en este caso de un interés público.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, Sala Segunda de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia número 139 proferida el 21 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de **Cumplimiento de normas con fuerza de ley** promovido por el señor **Daniel Alfredo Ortega Monsalve** en contra del **Municipio de Riosucio – Secretaría de Tránsito**.

Segundo. Sin costas.

³ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Primera de Decisión. Sentencia número 052 de 13 de abril de 2023. MP. Dr. Carlos Manuel Zapata Jaimes. Rad. 17001-33-33-002-2023-00063-02.

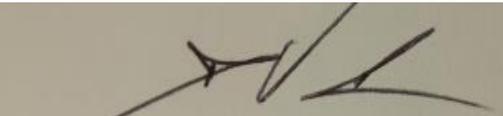
Tercero: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el Sistema Justicia XXI.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-23-33-000-2023-00175-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 409

De conformidad con el artículo 8° inciso 2° de la Ley 1881 de 2018, se **CONCEDE** a la parte actora un término de **tres (3) días** para **CORREGIR** la demanda de **PÉRDIDA DE INVESTIDURA** presentada por el señor **DIEGO FERNANDO GARZÓN MARULANDA** contra el señor **CRISTIAN DAVID RÍOS HENAO**, concejal del Municipio de Villamaría (Caldas), en los siguientes aspectos:

- ❖ El accionante pretende con su demanda, se declare la pérdida de investidura de concejal del señor CRISTIAN DAVID RÍOS HENAO, y de todos los demás miembros de la mesa directiva del Concejo Municipal de Villamaría; sin embargo, los hechos de la demanda y las pruebas únicamente se refieren al señor RÍOS HENAO; por ende, si el libelo introductor también se dirige contra los demás integrantes de la mesa directiva, respecto de estos últimos deberá cumplir los requisitos de ley, es decir, identificarlos, señalar la causal de pérdida de investidura con su respectiva explicación y las pruebas que pretenda hacer valer (art. 5 literales a, c, d, Ley 1881/18), debiendo reparar también sobre la acumulación de pretensiones (art. 21 ibidem).
- ❖ Deberá aportar la acreditación de los concejales, expedida por la organización nacional electoral (art. 5 literal b, Ley 1881/18).
- ❖ Anexar el video indicado en el numeral 9 del acápite de pruebas de la demanda, que pese a enunciarse, no fue aportado con el libelo introductor.

Se advierte que la corrección deberá ser remitida al correo electrónico "sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co" único medio oficial para la recepción

de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tenido en cuenta.**

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 158

Asunto: Sentencia de primera instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00336-00
Demandante: Luis Fernando Estrada Naranjo
Demandado: Hospital San Marcos de Chinchiná ESE

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 049 del 22 de septiembre de 2023

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Fernando Estrada Naranjo contra la Empresa Social del Estado Hospital San Marcos de Chinchiná, Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 25 de julio de 2019², se solicitó lo siguiente³:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de los oficios Nos. 20.9.0563 del 15 de febrero de 2019 y 20.9.0970 del 14 de marzo de 2019, suscritos por la Dra. Diana Jimena Calle García en calidad de Gerente de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná.

¹ En adelante, CPACA.

² Fls. 2 y 3, C.1.

³ Fl. 8 y 58 C.1.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare la existencia de la relación laboral originada entre el señor Luis Fernando Estrada Naranjo y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, en virtud de todos los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, durante el periodo comprendido entre el octubre de 2002 y el 31 de agosto de 2018, conforme a sus vigencias contractuales y respectivas prorrogas.
3. Que se declare que el señor Luis Fernando Estrada Naranjo, tiene derecho a que la entidad accionada le reconozca y pague, todos los factores salariales y prestaciones, tales como, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones por prestaciones de servicios, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, recargos por trabajo en dominicales y festivos, entre los demás previstos en las leyes, correspondiente al periodo comprendido entre octubre de 2002 y el 31 de agosto de 2018
4. Que se declare que el señor Luis Fernando Estrada Naranjo, tiene derecho a que la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, le reconozca y pague las cotizaciones con destino al Sistema Integral de Seguridad Social.
5. Que las sumas que se reconozcan a favor del señor Luis Fernando Estrada Naranjo, sean debidamente indexadas.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁴, que en resumen indica la Sala:

1. El señor Luis Fernando Estrada Naranjo prestó sus servicios profesionales a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná (Caldas) en calidad de cirujano general entre octubre de 2002 y agosto de 2018 a través de contratos de prestación de servicios.
2. Los distintos vínculos celebrados para la prestación de servicios profesionales descritos anteriormente y suscritos por las partes, fueron objeto de adiciones y/o prorrogas en cuanto a plazo, vigencia y valor,

⁴ Fls. 9 a 12, C.1.

conforme a las necesidades del servicio y presupuesto de la entidad convocada.

3. El objeto de los contratos fue la prestación de servicios médicos profesionales en cirugía general a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná (Caldas), en las condiciones, área y/o servicio que determinara el contratante, de acuerdo con sus necesidades y programación establecida.
4. Las labores para las cuales fue contratado el demandante, en calidad de cirujano general, son propias del objeto misional de la entidad, esto es, la prestación del servicio público de salud y además incluyeron otras tales como la presentación de informes mensuales, permitir la auditoría médica, garantizar la prestación oportuna y eficiente del servicio, etc., dando aplicación a todos los protocolos establecidos y exigidos por la demandada.
5. El demandante debía cumplir los horarios -o turnos fijados, asignados y controlados de manera unilateral por la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná (Caldas) como quiera que hacía parte integral de los contratos; igualmente recibía constantes órdenes y asignaciones, es decir, carecía de autonomía para ejecutar el objeto contractual debiendo solicitar permisos para realizar diligencias personales.
6. La entidad demandada controló las actividades realizadas por el señor Luis Fernando Estrada Naranjo, a través de memorandos, correos electrónicos, turnos y requerimientos suscritos por sus respectivos superiores o representantes de la entidad.
7. El demandante fue obligado a cumplir en todo momento con la imagen corporativa de la entidad, utilizando de forma permanente el uniforme institucional y demás instrumentos alusivos a su cargo.
8. El señor Luis Fernando Estrada Naranjo puso al servicio de la demandada toda su capacidad normal de trabajo de forma exclusiva con la finalidad de cumplir todas las funciones y labores que requirió y le asignó la entidad por razones de necesidad del servicio, cumpliendo con turnos de más de 12 horas al día y 360 horas mensuales.
9. Las funciones que ejecutó y desarrolló el señor Estrada Naranjo eran similares a las que ejercía, ejerce y/o ejercería un profesional de la medicina y cirugía general bajo vinculación estrictamente laboral en la demandada.

10. El señor Luis Fernando Estrada Naranjo nunca fue afiliado por parte de la demandada al Sistema de Seguridad Social Integral, debiendo él mismo sufragar en su totalidad las cotizaciones de salud y pensión.
11. La ESE Hospital San Marcos de Chinchiná (Caldas) nunca le pagó al demandante las cesantías, ni lo afilió a un fondo privado de cesantías, no le concedió periodo de vacaciones, no pagó primas, no reconoció factores salariales y/o prestacionales tales como la prima de servicios, la prima de navidad, bonificaciones; nunca compensó o pagó horas extras, recargos nocturnos, trabajos dominicales, festivos y compensatorios laborados.
12. El demandante a través de derecho de petición radicado el 22 de octubre de 2018, solicitó a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná (Caldas), el reconocimiento de la relación laboral y el pago de acreencias laborales, originadas con motivo de la ejecución de los contratos de prestación de servicios sucesivos suscritos entre ambas partes, durante el periodo comprendido entre el 2002 y el 31 de agosto de 2018.
13. La ESE demandada a través de oficios n° 20.9.4751 del 15 de noviembre de 2018 y 20.9.5051 del 04 de diciembre de 2018, dio respuesta a la petición sin resolverla de fondo respecto del reconocimiento de la relación aboral y el consecuente pago de las acreencias laborales.
14. El demandante instauró acción de tutela el 30 de enero de 2019 contra la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná (Caldas), para la protección del derecho fundamental de petición y el Juzgado Noveno Civil Municipal a través de fallo del 12 de febrero de 2019 ordenó dar respuesta de fondo a la petición del 22 de octubre de 2018.
15. La ESE demandada en cumplimiento del fallo de tutela, a través del oficio n° 20.910563 del 15 de febrero de 2019 resolvió de fondo y negativamente las solicitudes contenidas en la petición presentada por el demandante, acto administrativo notificado personalmente el 15 de febrero de 2019.
16. El 6 de marzo de 2019, se presentó incidente de desacato, toda vez que la respuesta otorgada por la E.S.E. al derecho de petición radicado el 22 de octubre de 2018, no había sido notificada en debida forma, ni cumplía con los requisitos de ser una respuesta de fondo.
17. La E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná mediante oficio n°20.9.0970, notificó en debida forma la respuesta al derecho de petición radicado por el accionante ante la mencionada entidad en fecha 22 de octubre de 2018, respuesta que fue notificada personalmente el 15 de marzo de 2019.

18. El 05 de junio de 2019 el demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial y el 17 de julio de 2019 la Procuraduría 28 Judicial II para asuntos Administrativos declaró fallida la diligencia ante la inasistencia de la demandada, expidiendo la constancia de agotamiento de requisito de procedibilidad el día 23 de julio del mismo año.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: preámbulo y artículos 1, 2, 25, 53, 66, 93, 94, 121, 122, 123, 125 y 209; Ley 80 de 1993: artículo 32, Ley 1164 de 2007 artículo 33.

Señaló de acuerdo con los supuestos fácticos de la demanda que se evidencia: i) se conjuga el criterio funcional porque las funciones del cirujano general contratadas, están referidas a las que debía adelantar la entidad pública; ii) se evidencia criterio de igualdad, por ser las funciones las mismas o incluso superiores a las que cumplía un médico cirujano de planta en la entidad, iii) criterio de habitualidad, se concreta en el cumplimiento de horario y turnos; iv) criterio de excepcionalidad, por tratarse de funciones relacionadas con la prestación del servicio público de salud y v) criterio de continuidad, porque la vinculación se generó mediante contratos sucesivos para desempeñar funciones de carácter permanente en la entidad demandada.

Afirmó que la entidad demandada, utilizó de forma tergiversada la modalidad de contratación por prestación de servicios, debido a la naturaleza de las labores para las que contrato al señor Estrada Naranjo, transgrediendo con ello los principios generales más elementales del derecho al trabajo.

Advierte que, la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná no puede pretender el desconocimiento del alcance del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA ESE Hospital San Marcos de Chinchiná no contestó la demanda, según constancia secretarial visible en el expediente⁶.

TRASLADO DE EXCEPCIONES

⁵ Fls. 13 a 18, C.1.

⁶ Archivo nº 10, del Cuaderno 1 del expediente digital.

Dado que la entidad accionada no contestó la demanda, no se corrió traslado de excepciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁷

Manifestó frente a la prueba documental aportada con la demanda que la misma permite tener certeza sobre los extremos de la relación laboral, las funciones ejercidas por el demandante, los pagos percibidos y los turnos fijados unilateralmente por la entidad accionada, además de evidenciarse la subordinación permanente a la que se encontraba sometido el accionante frente a la ESE accionada.

Frente a las pruebas testimoniales practicadas, afirma que se confirma y acredita la existencia de una verdadera relación laboral entre el accionante y la entidad accionada.

Finalmente, solicita el reconocimiento de la existencia de la relación laboral, accediendo en consecuencia a la totalidad de las pretensiones.

Parte demandada⁸

Adujo frente a la posición de la parte demandante, la existencia de un contrato laboral y no de prestación de servicios. Agregó que la existencia del contrato laboral no depende necesaria y exclusivamente de factores o criterios como la dependencia, autonomía o el cumplimiento de un horario, agregando que, el sistema de salud sin importar el tipo de vinculación que se tenga, estará siempre en cabeza de las entidades que contratan su personal médico, siendo esta una actividad absolutamente pública.

Resaltó que las labores que cumplen siempre serán regidas por el Estado, las cuales siempre obedecerán a la implementación de ciertos protocolos, directrices y normas que por sí solas no le dan el carácter o establecen algún tipo de vinculación.

Afirmó que en cualquier entidad sea pública o privada todo el personal que preste los servicios médicos deberá atender ciertos criterios que garanticen la efectividad en la atención de los pacientes, los cuales no indican que por su cumplimiento sean los que establecen la naturaleza jurídica con que se vincula su personal.

⁷ Archivo n° 41 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Archivo n° 43 del cuaderno 1 del expediente digital.

Precisó que el cumplimiento de protocolos, recibir instrucciones por parte de los coordinadores del servicio médico, usar vestimenta propia de los protocolos de higiene y seguridad hospitalaria, no configuran una relación laboral, sino que se cumplen en acatamiento a normas de índole clínica.

Agregó que al Doctor Estrada no se le impidió por parte de la entidad accionada que desempeñara su actividad médica conforme a sus propios criterios de idoneidad y experiencia, por lo que exigir el cumplimiento de normas sanitarias o garantizar la permanencia y oportunidad del servicio no quebranta la autonomía e independencia del contratista.

Finalmente solicitó al Despacho se declare no probada la existencia de una relación laboral entre el accionante y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, ello principalmente porque no logró probarse la existencia de la relación laboral.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. El proceso fue repartido a este Tribunal el 25 de julio de 2019⁹.

Inadmisión, admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 21 de febrero de 2020 se inadmitió la demanda¹⁰; que una vez corregida fue admitida con auto del 23 de septiembre de 2020¹¹. Luego de practicarse la notificación, el Hospital San Marcos de Chinchiná ESE no contestó la demanda¹², por lo que no se corrió traslado de excepciones.

Audiencia inicial. El 4 de marzo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial¹³, la cual se llevó a cabo el 28 de julio del mismo año¹⁴, y finalizó con decreto de pruebas.

Audiencia de pruebas. El 1º de septiembre de 2021 tuvo lugar la audiencia prevista por el CPACA para el recaudo de las pruebas solicitadas y

⁹ Según hoja de reparto.

¹⁰ Folio 54, archivo 01 del cuaderno 1 del expediente digital

¹¹ Archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹² Archivo nº 10 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 10 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 27 del cuaderno 1 del expediente digital.

decretadas¹⁵.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, el Magistrado Ponente del proceso ordenó la presentación de alegatos por escrito, para dictar sentencia posteriormente¹⁶. Durante el término conferido, ambas partes alegaron de conclusión¹⁷. El Ministerio Público guardó silencio.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de septiembre de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁸, la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad del Oficio n° 20.9.0563 del 15 de febrero de 2019 y n° 20.9.0970 del 14 de marzo de 2018, expedidos por el Hospital San Marcos de Chinchiná, con los cuales negó la existencia de una relación laboral entre las partes y el consecuente pago de prestaciones sociales e indemnizaciones.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a que se declare la existencia de una relación laboral de derecho público entre las partes desde octubre de 2022 hasta el 31 de agosto de 2018, con el consecuente reconocimiento y pago indexado de las prestaciones sociales y demás indemnizaciones a que hubiere lugar.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la existencia de una auténtica relación laboral –prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y remuneración– entre el señor Luis Fernando Estrada Naranjo y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná?*

¹⁵ Archivos n° 37, 38 y 39 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶ Página 3 del archivo n° 37 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷ Archivos n° 41 y 43 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Archivo n° 44 del cuaderno 1 del expediente digital.

- *En caso afirmativo, ¿hay lugar a declarar la excepción de prescripción del derecho respecto de los períodos sobre los cuales se declaró la relación laboral entre el señor Luis Fernando Estrada Naranjo y la ESE HOSPITAL SAN MARCOS DE CHINCHINÁ?*
- *De no darse lo anterior, o darse de forma parcial, ¿le asiste derecho a la parte accionante a obtener el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios; **ii)** desnaturalización del contrato de prestación de servicios: relación laboral encubierta; **iii)** elementos constitutivos de una relación laboral y acreditación en el caso concreto; **iv)** existencia de la relación laboral encubierta en el presente asunto; **v)** extremos temporales de la relación laboral; **vi)** prescripción en los eventos en que se debate la existencia de una relación laboral encubierta; y **vii)** restablecimiento del derecho.

1. Vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, existen tres clases de vinculación al servicio público: **i)** legal y reglamentaria, como la forma predominante de acceso a cargos públicos y dirigida al ingreso de empleados públicos; **ii)** laboral contractual, respecto de los trabajadores oficiales a través de contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo del Trabajo; y **iii)** contractual o de prestación de servicios, regida por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta última forma de vinculación, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta de éstas o requieran conocimientos especializados para ello. La disposición que consagró dicha figura es clara en establecer que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y que deben celebrarse por el término estrictamente indispensable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁹ ha precisado que dentro de las características principales del contrato de prestación de servicios, se encuentra “(...) la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

tanto que este (sic) debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual²⁰, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes²¹".

2. Desnaturalización del contrato de prestación de servicios: relación laboral encubierta

El contrato de prestación de servicios consagrado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, en la cual señaló sus características y diferencias con el contrato de trabajo, y con ello explicó que dicha figura se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente, pues en esa medida se desnaturaliza el contrato estatal y hace procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo (artículo 53 Superior)²².

²⁰ Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

²¹ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

²² *"El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

a. *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

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

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

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. *La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²³, el Consejo de Estado

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

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

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

(...)

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

(...)

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual "agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo." (Sentencia C-555/94, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)".

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente:

señaló que la figura conocida como contrato realidad o, mejor, relación laboral encubierta, se aplica cuando “(...) se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales²⁴”.

3. Elementos constitutivos de una relación laboral. Acreditación en el caso concreto

Como se indicó anteriormente, el contrato de prestación de servicios se desfigura y da paso al llamado contrato realidad o relación laboral encubierta cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada de manera continuada; y **iii)** remunerada.

En el evento de demostrarse lo anterior, surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales del caso.

Siguiendo la línea de estudio trazada, este Tribunal analizará si en el presente asunto se configura el contrato realidad o la relación laboral encubierta reclamada, para lo cual abordará cada uno de los elementos constitutivos de la misma, atendiendo las pruebas allegadas al expediente.

3.1 La prestación personal del servicio

En reciente sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021²⁵, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en relación con la prestación personal del servicio: “Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;²⁶ pues, gracias a sus capacidades

Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

²⁴ Cita de cita: En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

²⁶ 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».

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.²⁷”.

De la documentación obrante en el expediente, se observa que durante el período comprendido entre el 1º de febrero de 2005 y el 31 de agosto de 2018, el señor Luis Fernando Estrada Naranjo estuvo vinculado a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná de forma casi que continua e ininterrumpida, a través de contratos de prestación de servicios, de la manera que se describe a continuación:

Nº	CONTRATO/ORDEN DE TRABAJO nº	EXTREMOS TEMPORALES		VALOR TOTAL	FOLIOS
		Inicio	Final		
1	00015 del 31 de enero de 2005	1º de febrero de 2005	31 de diciembre de 2005	\$93.500.000	Fls. 53 a 54, CD folio 88 C1
2	00019 del 28 de febrero de 2005	1º de marzo de 2005	31 de diciembre de 2005	\$85.000.000	Fls. 56 a 58, CD folio 88 C1
3	00005 del 17 de enero de 2006	1º de enero de 2006	31 de diciembre de 2006	\$97.707.500	Fls. 67 a 69, CD folio 88 C1.
4	0022 del 2 de enero de 2007	1 de enero de 2007	14 de enero de 2007	\$4.707.725	Fl. 88 CD folio 88 C1.
5	00011 del 25 de enero de 2008	1º de febrero de 2008	31 de diciembre de 2008	\$109.463.079	Fls. 103 a 105, CD folio 88 C1.
6	009 del 2 de enero de 2009	2 de enero de 2009	31 de enero de 2009	\$10.548.000	Fl.1, archivo 2009, CD Folio 52 C1
7	00022 del 1º de febrero de 2009	1º de febrero de 2009	31 de diciembre de 2009	\$116.028.000	Fls. 135 a 138, CD folio 88 C1.

²⁷ Cita de cita: Al respeto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

8	0004 del 1º de enero de 2010	1º de enero de 2010	31 de marzo de 2010	\$32.276.880	Fls. 156 a 159, CD folio 88 C1.
9	017 del 1º de febrero de 2011	1º de enero de 2011	31 de enero de 2011	\$11.081.729	Fl. 184, CD folio 88 C1.
10	022 del 1º febrero de 2011	1º de febrero de 2011	31 de diciembre de 2011	\$143.000.000	Fls 185 a 188, CD folio 88 C1.
11	32.11-01-012 del 1º de enero de 2012	1º de enero de 2012	31 de enero de 2012	\$12.500.000	Fl. 213, CD folio 88 C1.
12	022 del 1º de febrero de 2012	1º de febrero de 2012	30 de junio de 2012	\$62.500.000	Fls. 217 a 226, CD folio 88 C1.
13	32 .11-02-116 del 1º de julio de 2012	1º de julio de 2012	31 de diciembre de 2012	\$75.000.000	Fls. 237 a 241, CD folio 88 C1.
14	32.11-02-025 del 2 de enero de 2013	2 de enero de 2013	30 de junio de 2013	\$75.000.000	Fls 255 a 259, CD folio 88 C1.
15	32.11-0143 del 1º de julio de 2013	1º de julio de 2013	31 de diciembre de 2013	\$75.000.000	Fls. 272 a 276, CD folio 88 C1
16	32.11-012 del 1º de enero de 2014	1º de enero de 2014	30 de junio de 2014	\$60.000.000	Fls. 289 a 294, CD folio 88 C1
17	OTROSI No. 1 al contrato No. 32.11-02-012 del 20 de mayo de 2014	1º de enero de 2014	30 de junio de 2014	\$30.000.000	Fls. 311 y 312, CD folio 88 C1
18	32.11-02-104 del 1º de julio de 2014	1º de julio de 2014	31 de diciembre de 2014	\$80.000.000	Fls. 320 a 323, CD folio 88, C1
19	OTROSI No. 1 al contrato No. 2.11-02-104 del 15 de noviembre de 2014	1º de julio de 2014	31 de diciembre de 2014	\$8.700.000	Fls. 343 y 344, CD folio 88 C1.

20	32.11-01-003 del 1º de enero de 2015	1º de enero de 2015	31 de enero de 2015	\$16.715.501	Fls. 368, CD folio 88 C1.
21	32.11-02-120 del 2 de febrero de 2015	2 de febrero de 2015	31 de octubre de 2015	\$131.000.000	Fls. 372 a 376, CD folio 88 C1
22	32.11-02-175 del 1º de junio de 2015	1º de junio de 2015	31 de octubre de 2015	\$69.310.615	Fls. 393 a 397, CD folio 88 C1
23	OTROSI No. 1 al contrato No. 175 del 1º de junio de 2015	1º de noviembre de 2015	31 de diciembre de 2015	\$17.615.520	Fls. 418 y 419, CD folio 88 C1.
24	32.11-01-31 del 1º de enero de 2016	1º de enero de 2016	31 de enero de 2016	\$7.938.723	Fl. 452, CD folio 88 C1.
25	32.11-02-51 del 1º de febrero de 2016	1 de febrero de 2016	31 de diciembre de 2016	\$100.062.000	Fls. 442 a 446, CD folio 88 C1.
26	32.11-01-194 del 1º de septiembre de 2016	1º de septiembre de 2016	30 de septiembre de 2016	\$1.297.920	Fl. 479, CD folio 88 C1.
27	32.11-02-33 del 1º de febrero de 2017	1º de febrero de 2017	31 de julio de 2017	\$56.893.000	Fls. 499 a 503, CD folio 88 C1
28	OTROSI No. 01 al contrato No. 33, del 29 de julio de 2017	1º de agosto de 2017	31 de agosto de 2017	\$7.938.600	Fl. 525, CD folio 88 C1.
29	32.11-01-258 del 1º de septiembre de 2017	1º de septiembre de 2017	30 de septiembre de 2017	\$9.685.092	Fls. 564 a 567, CD folio 88 C1.
30	32.11-01-349 del 30 de septiembre de 2017	1º de octubre de 2017	31 de octubre de 2017	\$9.526.320	Fls. 568 a 570, CD folio 88 C1.
31	32.11-01-414 del 1º de noviembre de 2017	1º de noviembre de 2017	30 de noviembre de 2017 ²⁸	\$9.208.776	Fls. 571 a 573, CD folio 88 C1.

²⁸ Infiere la Sala que este es el término de duración del contrato No. 32.11-01-414, ello por la fecha en la que fue suscrito el mismo.

32	32.11-01-570 del 1º de diciembre de 2017	1º de diciembre de 2017	31 de diciembre de 2017	\$10.478.952	Fls. 574 a 577, CD folio 88 C1
33	32.11-01-006 del 1º de enero de 2018	1º de enero de 2018	31 de enero de 2018	\$9.526.320	Fls. 578 a 581, CD folio 88 C1.
32	32.11-01-140 del 1º de febrero de 2018.	1º de febrero de 2018	28 de febrero 2018	\$9.843.864	Fls. 583 a 586, CD folio 88 C1.
33	32.11-01-280 del 1º de marzo de 2018	1º de marzo de 2018	31 de marzo de 2018	\$10.478.952	Fls. 590 y 591, CD folio 88 C1.
34	32.11-01-419 del 1º de abril de 2018	1º de abril de 2018	30 de abril de 2018	\$9.526.320	Fls 595 a 598, CD folio 88 C1.
35	32.11-02-066 del 1º de mayo de 2018	1º de mayo de 2018	31 de julio de 2018	\$29.000.000	Fls. 602 a 606, CD folio 88 C1
36	32.11-01-680 del 1º de agosto de 2018	1º de agosto de 2018	31 de agosto de 2018	\$9.208.776	Fls. 614 a 616, CD folio 88 C1.

El objeto principal de tales contratos fue la prestación de los servicios profesionales de salud en cirugía general a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, realizando todas las actividades relacionadas con su especialidad en el área de cirugía general según requerimiento del Hospital, cumpliendo con todas las actividades requeridas por la entidad contratante de manera presencial.

En cada contrato se precisó que las actividades serían supervisadas permanentemente por el Estado, así como el avance en la ejecución del contrato, los procedimientos utilizados para su desarrollo, pudiendo formular recomendaciones, observaciones o sugerencias de obligatorio cumplimiento.

Como obligaciones especiales que la demandante debía cumplir en desarrollo de la totalidad de los contratos suscritos, se pactaron las siguientes:

- 1) *Cumplir con las actividades requeridas por la entidad contratante dentro de la especialidad de CIRUGÍA GENERAL.*
- 2) *Tener la disponibilidad de prestar el servicio profesional,*
- 3) *Prestar el servicio de manera personal o a través de otros profesionales especialistas en el área contratada y que sean debidamente aprobado y aceptado por la institución.*
- 4) *Presentar informe mensualmente de las actividades profesionales realizadas.*
- 5) *Permitir que la Auditoria Médica de la institución realice gestiones de inspección, control y vigilancia a las actividades y procedimientos ejecutados.*
- 6) *Colaborar con la entidad en la ejecución de las actividades de facturación de servicios a las EPS, ARS, Dirección Territorial de Salud de Caldas y demás entidades a las cuales la ESE le preste servicios de salud.*
- 7) *Garantizarle a la ESE la prestación oportuna y eficiente de los servicios de CIRUGÍA GENERAL que mediante este contrato se comprometa a prestar.*
- 8) *Las demás que se deriven de la naturaleza del presente contrato.*

Se precisa que a partir del contrato n° 00022 del 1° de febrero de 2009, se incluyeron otras obligaciones especiales, tal como se indica a continuación:

- 1) *Cumplir con las actividades requeridas por la entidad contratante dentro de la especialidad de CIRUGÍA GENERAL en las áreas de: urgencia – partos, cirugía, consulta externa y hospitalización; en caso de no acudir al llamado efectuado por el personal médico de la institución para la atención de usuarios que requieran los servicios de la especialidad en cualquiera de las dependencias del hospital y el paciente deba ser remitida a otra especialidad para su atención; los costos por concepto del mencionado servicio, serán asumidos por el contratista profesional, previa verificación de evidencia de la solicitud de servicios realizada.*
- 2) *Prestar los servicios en la ESE quince (15) días al mes, de acuerdo al cuadro de programación establecido por el interventor entregado en el área de consulta externa; en el evento, de que exista variación en las horas programadas para la atención de la especialidad, deberán ser reprogramadas con el área de consulta externa.*
- 3) *Permitir que la auditoria médica de la institución realice gestiones de inspección, control y vigilancia a las actividades y procedimientos ejecutados y acatar las recomendaciones resultantes.*

De igual manera se advierte que en la orden de trabajo n°017 del 1° de enero de 2011, así como en las n°32.11-01-012 del 1° de enero de 2012, n°32.11-01-003 del 1° de enero de 2015, n°32.11-01-194 del 1° de septiembre de 2016, n° 32.11-

01-31 del 1º de enero de 2016, n°32.11-01-194 del 1º de septiembre de 2016, se relacionan como obligaciones de las partes las siguientes:

- 1) *Cumplir a cabalidad la labor encomendada.*
- 2) *Prestar la colaboración necesaria para la correcta ejecución de las labores del interventor.*
- 3) *Cancelar los salarios, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y los aportes parafiscales del personal que contrate para la labor encomendada, en caso de que sea necesario contratar tal personal.*
- 4) *Responder civilmente por los perjuicios que ocasione a la entidad CONTRATANTE o a terceros en el desarrollo de la labor ordenada.*

Así mismo, a partir del contrato n°022 del 1º de febrero de 2011, fue adicionado a los numeral 4º y 5º de los contratos lo siguiente:

- 4) *cumplir con los lineamientos requeridos para el proceso de facturación e historia clínica de los servicios prestados a los afiliados de las EPS, EPS-S, Dirección Territorial de Salud de Caldas y demás entidades con las cuales la ESE tenga convenio para la prestación de servicios de salud, en caso de que el contratante verifique que alguno de los procedimientos practicados al usuario no fue reportado en su historia clínica, el valor de dicho procedimiento le será descontado del valor del presente contrato.*
- 5) *Prestar los servicios profesionales de CIRUGÍA GENERAL en la ESE quince días al mes, de acuerdo al cuadro de programación de turnos presentado por el profesional al área de consulta externa, teniendo en cuenta que según el nivel de complejidad del hospital se requiere que durante las horas diurnas el servicio se preste de forma presencial mientras que las horas nocturnas serán disponibles, el fin de semana el profesional que se encuentre disponible debe pasar ronda por el servicio de hospitalización y urgencias; en el evento de que exista variación en las horas programadas para la atención de la especialidad, deberán ser reprogramadas con el área de consulta externa.*

Así mismo, a partir del contrato n°022 del 1º de febrero de 2012, fueron relacionadas las siguientes obligaciones por parte del contratista:

- 1) *Realizar todas las actividades relacionadas con su especialidad que comprende las tareas de consulta externa, hospitalización, urgencias, cirugía según requerimiento del Hospital.*
- 2) *Cumplir con las actividades requeridas por la entidad contratante, dentro del tiempo prudencial que transcurra entre el llamado y la presencia en la institución para la ejecución de las mismas.*
- 3) *Responsabilizarse del manejo y evolución de los pacientes hasta tanto sean dados de alta, responsabilidad que no se podrá delegar en otra persona.*

- 4) *Garantizar el cumplimiento de las agendas programadas, las cuales deberán ser entregadas en el área de consulta externa con suficiente antelación a su ejecución. Toda novedad presentada, deberá ajustarse al procedimiento señalado por el Hospital.*
- 5) *Dar uso adecuado, eficaz y eficiente a los recursos entregados por el Hospital para el cumplimiento del proceso desarrollado.*
- 6) *Cumplir con los lineamientos requeridos para el proceso de facturación e historia clínica de los servicios prestados a los afiliados de las EPS, EPS-S, Dirección Territorial de Salud de Caldas y demás entidades con las cuales la ESE tenga convenio para la prestación de servicios de salud, en caso de que el contratante verifique que alguno de los procedimientos practicados al usuario no fue reportado en su historia clínica, el valor de dicho procedimiento le será descontado del valor del presente contrato.*
- 7) *Mantener la oportunidad del servicio.*
- 8) *Participar activamente en la supervisión de la adherencia a la aplicación de las guías o protocolos del servicio donde desarrolle sus procesos.*
- 9) *Garantizar que se dará respuesta oportuna a los llamados que se le solicite.*
- 10) *Aplicar las ideas centrales del humanismo, en las relaciones interpersonales, el trato profesional – paciente tales como el concepto de igualdad de los seres humanos, el reconocimiento de la diversidad personal y cultural, el rechazo a todo tipo de discriminación y la libertad de ideas y creencias.*
- 11) *Sujetarse a la interventoría de quien sea designado por el Hospital atendiendo oportunamente a los requerimientos de este*
- 12) *Informar toda ausencia que se presente en la programación del cuadro de turnos de manera oportuna y plantear el cubrimiento para los casos programados.*
- 13) *Atender lo establecido en el código de ética y buen gobierno desarrollado por el Hospital.*
- 14) *Participar activamente en el desarrollo Sistema de Gestión de Calidad de la entidad, responsabilizándose del cumplimiento de los estándares que se relacionan con los procesos a cargo.*
- 15) *Cumplir con la normatividad interna aplicable a Gestión documental, de acuerdo al rol desempeñado y las responsabilidades asignadas.*
- 16) *Mantener adecuados niveles de interacción con todos los niveles de la organización y cumplir con el valor institucional de trabajar en equipo.*
- 17) *Presentar cuenta de cobro o factura de forma mensual, máximo el último día hábil de cada mes.*
- 18) *Prestar el servicio de su especialidad, sin ninguna discriminación respecto de pacientes vinculados o afiliados a los regímenes contributivo o subsidiado de salud.*
- 19) *Notificar al Hospital cuando se haya agotado el 80% del valor estimado del contrato, para así dar lugar a los trámites presupuestales a que haya lugar.*
- 20) *El CONTRATISTA se obliga a prestar sus servicios directamente y no a través de terceros. No obstante, cuando llegue a requerirse su presencia en el*

Hospital y no sea posible, aquél comunicará por escrito tal circunstancia, con indicación del profesional que lo reemplazará, para cuyo efecto la responsabilidad integral correrá a cargo del CONTRATISTA.

21) En caso de pérdida, daño o deterioro de los elementos o equipos utilizados por el CONTRATISTA para el cumplimiento de sus actividades, éste se compromete a resarcir el perjuicio íntegramente y de no hacerlo, el Hospital podrá comprometerse a resarcir el perjuicio íntegramente y de no hacerlo, el Hospital podrá descontar los valores generados por dicho concepto de cualquier saldo que exista pendiente de pago, o formular la cuenta correspondiente cuando no existan obligaciones pendientes, a cuyo pago se obliga el CONTRATISTA. Lo anterior, salvo el deterioro natural de los elementos o equipos utilizados.

22) Asistir y participar en las actividades de mejoramiento continuo de la institución cuando sean programadas.

23) Presentar la programación de sus cuadros de turnos 5 días antes del comienzo del mes, el hospital dispondrá de las agendas programadas según la demanda de servicios y las necesidades institucionales (incluye actividades administrativas inherentes a la especialidad o al servicio contratado).

24) Presentar agenda unificada con los demás profesionales que integran la especialidad, con una regularidad mensual.

25) Atender las solicitudes del Hospital, para la gestión de los procesos, procedimiento y actividades asistenciales generadas en todo lo relacionado con el Sistema Integral de Gestión de Calidad: MECI, Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad (Habilitación, Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad, Sistema de Información para la Calidad y Acreditación) y las políticas del Hospital para lograr la obtención de cada uno de los programas y proyectos en que se inscriba.

26) Las demás que se deriven de la naturaleza del contrato.

Se incluyeron además en el Contrato n°32.11-02-120 del 2 de febrero de 2015, las siguientes obligaciones por parte del contratista:

- *El profesional a contratar cubrirá los servicios profesionales de Cirugía General en la ESE todos los días de la semana y fines de semana del mes, según rotación del cuadro de turnos dispuesto por el grupo de profesionales que conforman la especialidad, realizar todas las actividades relacionadas con su ESPECIALIDAD que comprende, consulta externa, hospitalización, urgencias, cirugía según requerimiento del Hospital.*
- *elaborar, socializar, implementar y revisar periódicamente las guías o protocolos de manejo de las primeras 10 causas de morbilidad según el área de prestación del servicio.*
- *Asistir y participar activamente en las convocatorias de los diferentes comités institucionales y/o educación continuada cuando sea requerido*

- *informar toda ausencia que se presente (calamidad, incapacidad, licencia, permiso) a la coordinación médica de manera oportuna y plantear el cubrimiento para los casos programados, salvo caso fortuito.*

Posteriormente en el contrato de prestación de servicios profesionales n°32.11-02-51 del 1° de febrero de 2016, se adicionó como obligación del contratista la que se pasa a relacionar:

- *Apoyo y acompañamiento de acuerdo a su especialidad en los procesos docente asistencial avalados por la institución en las diferentes entidades académicas en los casos requeridos por la ESE.*

También se adicionaron en el contrato de prestación de servicios n°32.11-02-066 del 1° de mayo de 2018, las siguientes obligaciones:

- *Los elementos de protección personal correrán por cuenta del contratista y deben ser portados en los turnos programados.*
- *El contratista deberá cumplir con cuarenta (40) horas anuales en humanización las cuales deberán estar debidamente certificadas y posteriormente ser entregado al área de Talento Humano.*

Así mismo, obra en el expediente órdenes de trabajo n°0022 del 2 de enero de 2007, 009 del 2 de enero de 2009, en las que no fueron relacionadas las obligaciones del ejecutante del contrato.

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser *intuitu personae* y atendiendo a los testimonios recaudados en el trámite de este proceso²⁹, se encuentra acreditado que la parte demandante prestó de manera personal y directa sus servicios como Cirujano General para la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná en los períodos indicados anteriormente, debiendo cumplir con el cuadro de turnos y los horarios dispuesto en estos, sin que tuviera la facultad para delegar en terceros el cumplimiento de las actividades referidas.

3.2 Continuada subordinación o dependencia

En sentencia del 4 de febrero de 2016³⁰, el Consejo de Estado precisó que la

²⁹ Ver declaración del señor Carlos Felipe Isaza Londoño (minuto 7:15 a 22:59 del archivo n° 38 del cuaderno 1 del expediente digital), de la señora Luz Melva Gómez Salas (minuto 18:00 a 35:03 del archivo 39 del cuaderno 1 del expediente digital y de la señora Gloria Matilde Gallego (minuto 1:04:22 a 1:20:50 del archivo 38 del cuaderno 1 del expediente digital).

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación

subordinación o dependencia es la situación entendida como “(...) *aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo*”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021³¹, el Consejo de Estado señaló una serie de situaciones indicativas de la existencia de subordinación o dependencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, tales como: lugar de trabajo, horario de labores, dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, y actividades o tareas a desarrollar que correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

De conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, esta Sala de Decisión considera que en el presente asunto el aludido elemento fue demostrado, según pasa a indicarse.

a) Permanencia de las funciones objeto del contrato

El artículo 194 de la Ley 100 de 1993 estableció que “[l]a prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, (...)”.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las Empresas Sociales del Estado, el artículo 195 de la mencionada Ley 100 dispone:

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. *Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

1. *El nombre deberá mencionar siempre la expresión “Empresa Social del Estado”.*
2. *El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
3. *La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*

número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.

8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.

9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos. (Líneas fuera de texto).

Conforme al Acuerdo 019 del 27 de julio de 1996, expedido por el Consejo Municipal de Chinchiná, el Hospital San Marcos de Chinchiná fue transformado en EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, como una entidad descentralizada del orden municipal, siendo el objeto de tal entidad "(...) la prestación de servicios de salud de segundo nivel de atención con base en los principios de subsidiariedad y complementariedad y mediante contratación con el Departamento, prestará servicios de primero y segundo nivel, o como parte del servicio público de seguridad social. En consecuencia, la entidad prestará los servicios correspondientes al plan obligatorio de salud y desarrollará acciones de fomento de la misma, prevención de enfermedad y la educación de la comunidad; actuará como centro de investigación, adiestramiento y formación del personal requerido por el sector salud (...)"³².

En ese contexto, la misión de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, esto es, la prestación del servicio público de salud, sin duda, guarda relación directa con las labores desempeñadas por el accionante en calidad de médico especialista en cirugía general de la ESE.

Lo anterior impide a su vez afirmar que las actividades prestadas por el

³² Archivo 21 del Cuaderno 1 del expediente digital y el enlace https://concejochinchina.micolombiadigital.gov.co/sites/concejochinchina/content/files/000112/5584_acuerdo-no-019-de-1996.pdf.

demandante tuvieran carácter temporal o transitorio y, por lo contrario, se evidencia que fueron permanentes, que requerían una ejecución continua y eran primordiales para el funcionamiento de la institución, como se extrae del hecho de que en este caso se desarrollaron de manera ininterrumpida por más de trece años.

De otra parte, se recuerda que conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, uno de los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios es su temporalidad, pues la norma citada dispone que aquellos se celebran por el término estrictamente indispensable.

La circunstancia de celebrar contratos de prestación de servicios para realizar labores de carácter permanente, contraría la naturaleza propia de aquellos así como la razón para la cual fueron concebidos en la Ley 80 de 1993, y permitiría inferir que esta modalidad de contratación fue utilizada para disfrazar una relación laboral y eximirse del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores.

Lo anterior, por cuanto, como lo prevé la parte final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968³³, “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Esta prohibición fue replicada por el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973³⁴ y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008³⁵ que modificó y adicionó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968.

El inciso final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en la que precisó que la permanencia en un contrato de prestación de servicios es un elemento más que indica la existencia de una relación laboral³⁶, y

³³ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

³⁴ “Artículo 7º.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”.

³⁵ “ARTICULO 1. Modificase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo 2. quedará así:

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

³⁶ “La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones

adicionalmente expuso los criterios que permiten diferenciar una relación laboral de una por prestación de servicios:

*La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, **si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública**, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, **será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral**; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: **si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral**; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. (Negrilla fuera de texto).*

Esta Sala de Decisión considera que los elementos probatorios recaudados en este proceso permiten afirmar que las funciones desempeñadas por el accionante, acorde con los contratos de prestación de servicios suscritos

laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

entre las partes, aluden a una función inherente, permanente y obligatoria de la entidad demandada. Luego entonces, las actividades desarrolladas en tal sentido no fueron de carácter temporal, transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario, tuvieron vocación de permanencia, pues la vinculación se prolongó por más de trece años.

Para este Tribunal es claro que lo que le correspondía hacer a la ESE Hospital San Marcos De Chinchiná era crear para la planta de personal de la entidad, el cargo o los cargos de cirujano general requeridos que permitieran atender debidamente el objeto del servicio médico asistencial que presta, y no acudir a la figura ficticia de contratos de prestación de servicios.

b) Sede del objeto contractual

Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Luis Fernando Estrada Naranjo debía cumplir sus labores como cirujano general en la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, tal como quedó consignado en cada contrato de prestación de servicios suscrito.

Lo anterior fue corroborado con las pruebas testimoniales obrantes en el proceso³⁷.

c) Obligatoriedad de que la presentación personal estuviera acorde con la imagen corporativa de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná

Está acreditado que dentro de las obligaciones previstas por la entidad accionada para el desarrollo contractual previstas, se encontraba la exigencia de la entidad de que el señor Luis Fernando Estrada Naranjo, se identificara como médico cirujano de dicha entidad, lo anterior de acuerdo con la prueba testimonial obrante en el proceso³⁸.

d) Uso de elementos institucionales

De igual forma se demostró en el trámite de este proceso que el señor Luis Fernando Estrada Naranjo debía cumplir sus labores como cirujano general, haciendo uso de todos los equipos, instrumental e insumos

³⁷ Ver declaración de la señora Yenny Bibiana Serna Castrillón (minuto 9:13 a 47:03 del archivo nº 13 del cuaderno 1 del expediente digital).

³⁸ Ver declaración de la señora Luz Nelvia Gómez Salas (minuto 40:56 del archivo 39 del cuaderno 1 del expediente digital).

proporcionados por la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná para tal efecto.

Así quedó consignado en cada contrato de prestación de servicios y, además, siendo apenas lógico que hiciera uso de los medios establecidos por aquella, para el desarrollo de la labor de cirugía general que este desempeñaba en la entidad.

e) Fijación y cumplimiento de horario

Tal como quedó establecido en los contratos, el demandante debía garantizar el cumplimiento de los turnos presentados por el grupo que conformaba la especialidad, así como el cumplimiento del horario de trabajo establecido por la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná y los turnos de disponibilidad.

En efecto, los testigos que rindieron declaración en este proceso, el horario que debía cumplir el señor Luis Fernando Estrada Naranjo era los días lunes, miércoles, viernes y algunos fines de semana de 7:00 am a 7:00 pm, así como los turnos de disponibilidad que tenían en el horario de 7:00 pm a 7:00 am.

Sobre este tema, la testigo que rindió declaración en este proceso³⁹, aseguró que existía un horario de trabajo, que abarcaba las jornadas de la mañana y de la tarde, para el caso del señor Luis Fernando Estrada Naranjo, precisó que trabajaba en turnos de 12 horas, de 7:00 a.m. a 7:00 pm., los días lunes, miércoles y viernes, con turnos de disponibilidad de 7:00 pm a 7:00 am, los fines de semana cada 15 días.

Informó la testigo que la verificación del cumplimiento de los turnos la realizaba la jefe de quirófano, quien además era quien controlaba el cumplimiento del horario en el que debían presentarse al Hospital, también indicó que en ocasiones la jefe de quirófano también organizaba los cuadros de turnos que debían cumplir los especialistas.

Indicó además la declarante que en el caso de requerir ausentarse de sus sitios de trabajo, el accionante debía solicitar el correspondiente permiso al jefe inmediato.

De lo expuesto considera esta Sala que el señor Luis Fernando Estrada Naranjo, sí debía cumplir sus labores cirujano general dentro de un horario

³⁹ Ver declaración de la señora Luz Nelvia Gómez Salas (minuto 18:00 a 25:42 del archivo n° 39 del cuaderno 1 del expediente digital).

determinado, impuesto de manera unilateral por la contratante y sujeto a las necesidades propias de la institución. En ese sentido, no contaba con la autonomía propia para manejar su tiempo como profesional.

f) Sujeción a reglamentos, órdenes e instrucciones

Está demostrado en el proceso que las labores desarrolladas por el demandante en ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada estaban sujetas a constante supervisión y correspondían más que a una relación de coordinación entre los contratantes, a verdadera subordinación, como quiera que el desempeño de las funciones del accionante estaba sujeto a la imposición, además de horario, de presentar informes, de asistir a reuniones institucionales y de atender las disposiciones e instrucciones provenientes del supervisor del contrato, según se precisa a continuación.

Tal como consta en las obligaciones específicas de los contratos de prestación de servicios, el demandante debía cumplir lo que se indica a continuación, que además es de naturaleza subordinada, atiende al control de un superior y a las normas, guías, procedimientos y protocolos de la misma entidad para llevar a cabo la ejecución de los contratos, encontrándose adecuadas a la naturaleza y objeto de aquellos:

- Cumplir con las actividades requeridas por la entidad contratante dentro de la especialidad de cirugía general.
- Tener la disponibilidad de prestar el servicio profesional.
- Prestar el servicio de manera personal o a través de otros profesionales especialistas en el área contratada y que sean debidamente aprobado y aceptado por la institución.
- Presentar informe mensualmente de las actividades profesionales realizadas.
- Permitir que la auditoria médica de la institución realice gestiones de inspección, control y vigilancia a las actividades y procedimientos ejecutados.
- Garantizarle a la ESE la prestación oportuna y eficiente de los servicios de cirugía general que mediante este contrato se comprometa a prestar.

- Cumplir con las actividades requeridas por la entidad contratante dentro de la especialidad de cirugía general en las áreas de: urgencia – partos, cirugía, consulta externa y hospitalización; en caso de no acudir al llamado efectuado por el personal médico de la institución para la atención de usuarios que requieran los servicios de la especialidad en cualquiera de las dependencias del hospital y el paciente deba ser remitida otra especialidad para su atención; los costos por concepto del mencionado servicio, serán asumidos por el contratista profesional, previa verificación de evidencia de la solicitud de servicios realizada.
- Permitir que la auditoria médica de la institución realice gestiones de inspección, control y vigilancia a las actividades y procedimientos ejecutados y acatar las recomendaciones resultantes.
- Cumplir a cabalidad la labor encomendada.
- Prestar la colaboración necesaria para la correcta ejecución de las labores del interventor.
- Prestar los servicios profesionales de cirugía general en la ESE quince días al mes, de acuerdo al cuadro de programación de turnos presentado por el profesional al área de consulta externa, teniendo en cuenta que según el nivel de complejidad del hospital se requiere que durante las horas diurnas el servicio se preste de forma presencial mientras que las horas nocturnas serán disponibles, el fin de semana el profesional que se encuentre disponible debe pasar ronda por el servicio de hospitalización y urgencias; en el evento de que exista variación en las horas programadas para la atención de la especialidad, deberán ser reprogramadas con el área de consulta externa.
- Dar uso adecuado, eficaz y eficiente a los recursos entregados por el Hospital para el cumplimiento del proceso desarrollado.
- Participar activamente en la supervisión de la adherencia a la aplicación de las guías o protocolos del servicio donde desarrolle sus procesos.
- Asistir y participar en las actividades de mejoramiento continuo de la institución cuando sean programadas.
- El profesional a contratar cubrirá los servicios profesionales de Cirugía General en la ESE todos los días de la semana y fines de

semana del mes, según rotación del cuadro de turnos dispuesto por el grupo de profesionales que conforman la especialidad, realizar todas las actividades relacionadas con su especialidad que comprende, consulta externa, hospitalización, urgencias, cirugía según requerimiento del Hospital.

- Asistir y participar activamente en las convocatorias de los diferentes comités institucionales y/o educación continuada cuando sea requerido
- informar toda ausencia que se presente (calamidad, incapacidad, licencia, permiso) a la coordinación médica de manera oportuna y plantear el cubrimiento para los casos programados, salvo caso fortuito.

g) Prestación exclusiva de servicios con la entidad

Se observa que ninguno de los elementos materiales probatorios allegados al proceso permite afirmar que durante el término de vinculación con la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, el señor Luis Fernando Estrada Naranjo suscribió contrato de prestación de servicios alguno con otra institución. Y de así haberlo hecho, tal circunstancia, en criterio de este Tribunal, no desdibuja la prestación exclusiva que tenía con la demandada, pues es evidente que hubiera sido en momentos para los cuales no estuviese laborando para la ESE, e incluso, por el horario que manejaba con la demandada, es posible que se hubiese visto impedido para vincularse laboralmente con otra entidad.

h) Falta de autonomía e independencia

Para la Sala es claro que por su naturaleza, las atribuciones de quien se desempeñe como cirujano general en una Empresa Social del Estado, no tienen el alcance de determinar las condiciones bajo las cuales dicha labor debe ser desempeñada, lo que desvirtúa desde todo punto de vista el factor autonomía e independencia que se predica de una relación de prestación de servicios como la que en apariencia se constituyó entre las partes en el *sub lite*.

En efecto, en el presente caso se demostró que la actividad contractual no era ejercida de manera autónoma e independiente, pues la demandante debía: **i)** cumplir con las actividades requeridas por la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná; **ii)** no hacía uso de elementos propios para la ejecución de sus labores sino a los suministrados por la entidad; **iii)** no podía ejecutar las actividades contratadas en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su preferencia, pues como se vio, se tenía definidos cuadros de turnos en un determinado horario laboral; y **iv)** sus actividades estaban sometidas a las directrices de la coordinadora o supervisora del contrato.

De lo anterior se concluye que se encuentra acreditada la subordinación del señor Luis Fernando Estrada Naranjo como segundo elemento de la relación laboral predicada respecto de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná.

3.3 Retribución

Sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴⁰ ya citada: *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”*.

Según consta en los contratos allegados y referidos anteriormente, las partes pactaron como contraprestación por los servicios prestados por el demandante, un pago mensual proporcional a los honorarios fijados, previa certificación expedida por el funcionario delegado para la supervisión del contrato y presentación de la cuenta de servicios respectiva, y siempre y cuando acreditara oportuna y debidamente encontrarse al día en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Al expediente fueron aportados documentos correspondientes a los contratos suscritos⁴¹, que dan cuenta de los valores autorizados a pagar con ocasión de

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

⁴¹

Nº	CONTRATO/ORDEN DE TRABAJO nº	FOLIOS
1	00015 del 31 de enero de 2005	Fls. 53 a 54, CD folio 88 C1
2	00019 del 28 de febrero de 2005	Fls. 56 a 58, CD folio 88 C1
3	00005 del 17 de enero de 2006	Fls. 67 a 69, CD folio 88 C1.
4	0022 del 2 de enero de 2007	Fl. 88 CD folio 88 C1.
5	00011 del 25 de enero de 2008	Fls. 103 a 105, CD folio 88 C1.
6	009 del 2 de enero de 2009	Fl.1, archivo 2009, CD Folio 52 C1
7	00022 del 1º de febrero de 2009	Fls. 135 a 138, CD folio 88 C1.
8	0004 del 1º de enero de 2010	Fls. 156 a 159, CD folio 88 C1.
9	017 del 1º de febrero de 2011	Fl. 184, CD folio 88 C1.
10	022 del 1º febrero de 2011	Fls 185 a 188, CD folio 88 C1.
11	32.11-01-012 del 1º de enero de 2012	Fl. 213, CD folio 88 C1.
12	022 del 1º de febrero de 2012	Fls. 217 a 226, CD folio 88 C1.
13	32.11-02-116 del 1º de julio de 2012	Fls. 237 a 241, CD folio 88 C1.
14	32.11-02-025 del 2 de enero de 2013	Fls 255 a 259, CD folio 88 C1.
15	32.11-0143 del 1º de julio de 2013	Fls. 272 a 276, CD folio 88 C1
16	32.11-012 del 1º de enero de 2014	Fls. 289 a 294, CD folio 88 C1

las actividades efectuadas por la parte accionante. Todo lo anterior acredita la realización de los pagos mensuales acordados.

4. Existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto

En el contexto referido y conforme con las reglas de la experiencia, esta Sala de Decisión considera que en el caso concreto se demostraron los elementos propios de una relación laboral entre la parte demandante la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Por dicha razón, debe entenderse que los contratos de prestación de servicios encubrieron una relación de carácter laboral entre demandante y demandado, por lo que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia de una relación laboral encubierta sobre dichos contratos.

5. Extremos temporales por los cuales se reconocerá relación laboral

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de conformidad con los

17	OTROSI No. 1 al contrato No. 32.11-02-012 del 20 de mayo de 2014	Fls. 311 y 312, CD folio 88 C1
18	32.11-02-104 del 1º de julio de 2014	Fls. 320 a 323, CD folio 88, C1
19	OTROSI No. 1 al contrato No. 2.11-02-104 del 15 de noviembre de 2014	Fls. 343 y 344, CD folio 88 C1.
20	32.11-01-003 del 1º de enero de 2015	Fls. 368, CD folio 88 C1.
21	32.11-02-120 del 2 de febrero de 2015	Fls. 372 a 376, CD folio 88 C1
22	32.11-02-175 del 1º de junio de 2015	Fls. 393 a 397, CD folio 88 C1
23	OTROSI No. 1 al contrato No. 175 del 1º de junio de 2015	Fls. 418 y 419, CD folio 88 C1.
24	32.11-01-31 del 1º de enero de 2016	Fl. 452, CD folio 88 C1.
25	32.11-02-51 del 1º de febrero de 2016	Fls. 442 a 446, CD folio 88 C1.
26	32.11-01-194 del 1º de septiembre de 2016	Fl. 479, CD folio 88 C1.
27	32.11-02-33 del 1º de febrero de 2017	Fls. 499 a 503, CD folio 88 C1
28	OTROSI No. 01 al contrato No. 33, del 29 de julio de 2017	Fl. 525, CD folio 88 C1.
29	32.11-01-258 del 1º de septiembre de 2017	Fls. 564 a 567, CD folio 88 C1.
30	32.11-01-349 del 30 de septiembre de 2017	Fls. 568 a 570, CD folio 88 C1.
31	32.11-01-414 del 1º de noviembre de 2017	Fls. 571 a 573, CD folio 88 C1.
32	32.11-01-570 del 1º de diciembre de 2017	Fls. 574 a 577, CD folio 88 C1
33	32.11-01-006 del 1º de enero de 2018	Fls. 578 a 581, CD folio 88 C1.
32	32.11-01-140 del 1º de febrero de 2018.	Fls. 583 a 586, CD folio 88 C1.
33	32.11-01-280 del 1º de marzo de 2018	Fls. 590 y 591, CD folio 88 C1.
34	32.11-01-419 del 1º de abril de 2018	Fls 595 a 598, CD folio 88 C1.
35	32.11-02-066 del 1º de mayo de 2018	Fls. 602 a 606, CD folio 88 C1
36	32.11-01-680 del 1º de agosto de 2018	Fls. 614 a 616, CD folio 88 C1.

medios probatorios allegados al expediente, se observa que el señor Luis Fernando Estrada Naranjo se desempeñó como cirujano general para la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná en los períodos que se indican a continuación y por los cuales se reconocerá la existencia de la relación laboral:

- Del 1º de febrero de 2005 a 31 de diciembre de 2005.
- Del 1º de enero de 2006 a 31 de diciembre de 2006.
- Del 1º de enero de 2007 a 14 de enero de 2007.
- Del 1º de febrero de 2008 a 31 de diciembre de 2008.
- Del 2 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2009.
- Del 1º de enero de 2010 a 31 de marzo de 2010.
- Del 1º de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011.
- Del 1º de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2012.
- Del 2 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2013.
- Del 1º de enero de 2014 a 31 de diciembre de 2014.
- Del 1º de enero de 2015 a 31 de diciembre de 2015.
- Del 1º de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2016
- Del 1º de febrero de 2017 a 31 de diciembre de 2017.
- Del 1º de enero de 2018 a 31 de agosto de 2018.

6. La prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad

En sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 nº 5 del 25 de agosto de 2016⁴², la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que, *“(...) si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador”*.

En la misma providencia referida, el Alto Tribunal precisó que *“(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de*

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴³ tantas veces aquí referida, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de establecer un período de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término para que no se presente solución de continuidad, sin perjuicio de que se flexibilice en algunos casos en atención a las especiales circunstancias que el Juez encuentre probadas dentro del expediente.

Siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas para el caso objeto de estudio, pasa la Sala a determinar si en el presente asunto hubo prescripción, para lo cual se analizará previamente si la vinculación tuvo interrupciones en el tiempo superiores a 30 días hábiles, así:

PERÍODOS DE VINCULACIÓN			
Nº	CONTRATO nº	INICIO	FINAL
1	00015 del 31 de enero de 2005	1º de febrero de 2005	31 de diciembre de 2005
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
2	00019 del 28 de febrero de 2005	1º de marzo de 2005	31 de diciembre de 2005
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
3	000005 del 17 de enero de 2006	1º de enero de 2006	31 de diciembre de 2006
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
4	0022 del 2 de enero de 2007	1º de enero de 2007	14 de enero de 2007
INTERRUPCIÓN: 256 días hábiles (15 de enero de 2007 a 31 de enero de 2008) CON SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
5	00011 del 25 de enero de 2008	1º de febrero de 2008	31 de diciembre de 2008
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
6	009 del 2 de enero de	2 de enero de 2009	31 de enero de 2009

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

	2009		
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
6	00022 del 1º de febrero de 2009	00022 del 1º de febrero de 2009	31 de diciembre de 2009
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
7	0004 del 1º de enero de 2010	1º de enero de 2010	31 de marzo de 2010
INTERRUPCIÓN: 185 días hábiles (1º de abril de 2010 a 31 de diciembre de 2010) CON SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
8	017 del 1º de febrero de 2011	1º de enero de 2011	31 de enero de 2011
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
8	022 del 1º febrero de 2011	1º de febrero de 2011	31 de diciembre de 2011
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
9	32.11-01-012 del 1º de enero de 2012	1º de enero de 2012	31 de enero de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
9	022 del 1º de febrero de 2012	1º de febrero de 2012	30 de junio de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
9	32 .11-02-116 del 1º de julio de 2012	1º de julio de 2012	31 de diciembre de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
10	32.11-02-025 del 2 de enero de 2013	2 de enero de 2013	30 de junio de 2013
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
10	32.11-0143 del 1º de julio de 2013	1º de julio de 2013	31 de diciembre de 2013
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
11	32.11-012 del 1º de enero de 2014	1º de enero de 2014	30 de junio de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
11	32.11-02-104 del 1º de julio de 2014	1º de julio de 2014	31 de diciembre de 2014

INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
12	32.11-01-003 del 1º de enero de 2015	1º de enero de 2015	31 de enero de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
12	32.11-02-120 del 2 de febrero de 2015	2 de febrero de 2015	31 de octubre de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
12	32.11-02-175 del 1º de junio de 2015	1º de junio de 2015	31 de octubre de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
12	OTROSI No. 1 al contrato No. 175 del 1º de junio de 2015	1º de noviembre de 2015	31 de diciembre de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
13	32.11-01-31 del 1º de enero de 2016	1º de enero de 2016	31 de enero de 2016
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
13	32.11-02-51 del 1º de febrero de 2016	1º de febrero de 2016	31 de diciembre de 2016
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
13	32.11-01-194 del 1º de septiembre de 2016	1º de septiembre de 2016	30 de septiembre de 2016
INTERRUPCIÓN: 19 días hábiles 1º a 31 de enero de 2017 SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
14	32.11-02-33 del 1º de febrero de 2017	1º de febrero de 2017	31 de julio de 2017
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
14	OTROSI No. 01 al contrato No. 33, del 29 de julio de 2017	1º de agosto de 2017	31 de agosto de 2017
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
14	32.11-01-258 del 1º de septiembre de 2017	1º de septiembre de 2017	30 de septiembre de 2017
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
14	32.11-01-349 del 30 de	1º de octubre de 2017	31 de octubre de 2017

	septiembre de 2017		
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
14	32.11-01-414 del 1º de noviembre de 2017	1º de noviembre de 2017	30 de noviembre de 2017
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
14	32.11-01-570 del 1º de diciembre de 2017	1º de diciembre de 2017	31 de diciembre de 2017
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
15	32.11-01-006 del 1º de enero de 2018	1º de enero de 2018	31 de enero de 2018
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
15	32.11-01-140 del 1º de febrero de 2018.	1º de febrero de 2018	28 de febrero de 2018
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
15	32.11-01-280 del 1º de marzo de 2018	1º de marzo de 2018	31 de marzo de 2018
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
15	32.11-01-419 del 1º de abril de 2018	1º de abril de 2018	30 de abril de 2018
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
15	32.11-02-066 del 1º de mayo de 2018	1º de mayo de 2018	31 de julio de 2018
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
15	32.11-01-680 del 1º de agosto de 2018	1º de agosto de 2018	31 de agosto de 2018

Según el anterior cuadro, este Tribunal considera que para el presente caso y con ocasión de los 256, 185 y 82 días hábiles que transcurrieron entre la suscripción de los contratos nº 022 del 2 de enero de 2007 y 011 del 25 de enero de 2008, entre los contratos nº 004 del 1º de enero de 2010 y 017 del 1º de febrero de 2011, y los contratos nº 32.11-01-194 del 1º de septiembre de 2016 y el 32.11-02-33 del 1º de febrero de 2017, respectivamente, se generaron tres interrupciones en la prestación del servicio que implica la existencia de una solución de continuidad por los períodos comprendidos entre el 15 de enero de 2007 y el 31 de enero de 2008, entre el 1º de abril y el 31 de diciembre de 2010 y entre el 1º de octubre de 2016 a 31 de enero de 2017. Lo anterior, en tanto en esos eventos se excedieron los 30 días hábiles establecidos

jurisprudencialmente como límite para determinar que se presenta una solución de continuidad en asuntos de contrato realidad.

Al tratarse de una vinculación que tuvo una interrupción en el tiempo de servicio, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización de cada uno de los períodos laborados, que en este caso se toman en bloque por aquellos que se entienden prestados en continuidad, así:

PERÍODO DE VINCULACIÓN	FECHA DE PRESCRIPCIÓN
Del 1º de febrero de 2005 al 14 de enero de 2007	15 de enero de 2007
Del 1º de febrero de 2008 al 31 de marzo de 2010	1º de abril de 2010
Del 1º de enero de 2011 al 31 de agosto de 2018	1º de septiembre de 2018

Dado que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue presentada ante la entidad demandada el 22 de octubre de 2018⁴⁴, la Sala observa que se configuró el fenómeno procesal de la prescripción extintiva respecto de los períodos laborados con anterioridad al 31 de diciembre de 2010.

Lo anterior, en la medida en que, después de la finalización del contrato 004 del 1º de enero de 2010, ocurrida el 31 de marzo de 2010 la parte actora tenía hasta el 1º de abril de 2013 (3 años) para presentar la reclamación y sólo lo hizo el 22 de octubre de 2018.

De igual manera ocurre con el reconocimiento de las acreencias laborales que se pretenden por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2005 a 14 de enero de 2007, ello con cuanto al finalizar el contrato 0022 del 2 de enero de 2007, ocurrido el 14 de enero de 2007, la parte actora tenía hasta el 15 de enero de 2010 para presentar reclamación, presentándose esta solo para el 22 de octubre de 2018.

Ahora bien, según quedó consignado igualmente en el fallo de unificación, el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho no se aplica frente a los aportes para pensión,

(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al

⁴⁴ Fls. 15, archivo CD folio 88 C1, del expediente digital.

ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(...)

en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

7. Restablecimiento del derecho

Tal como se indicó, para este Tribunal, según las reglas de la experiencia y de conformidad con el material probatorio allegado al expediente y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por el demandante, existió una relación laboral entre el señor Luis Fernando Estrada Naranjo y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios.

En ese entendimiento, es procedente declarar la nulidad del acto administrativo atacado y, en consecuencia, declarar la existencia de un contrato realidad entre las partes por los períodos comprendidos entre el 1º de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de marzo de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2006, 1º de enero de 2007 y el 14 de enero de 2007, 1º de febrero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008, 2 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009, 1º de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2010, 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, 2 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, 1º de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, 1º de febrero de 2017 y el 31 de diciembre de 2017, 1º de enero de 2018 y el 31 de agosto de 2018.

Lo anterior, sin perjuicio de que se declare de oficio probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivados de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Luis Fernando Estrada Naranjo y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, causados en relación con los períodos laborados con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, excepto en lo relacionado con los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como se indicará más adelante.

En ese orden de ideas, como parte del restablecimiento del derecho se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta de la ESE

Hospital San Marcos de Chinchiná de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral y que no incluye los períodos prescritos, esto es, el 1º de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de marzo de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2006, 1º de enero de 2007 y el 14 de enero de 2007, 1º de febrero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008, 2 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009, 1º de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2010. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

Se declarará adicionalmente que el tiempo laborado por el señor Luis Fernando Estrada Naranjo como cirujano general al servicio de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

En ese sentido, la entidad accionada deberá tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional del demandante (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Se precisa que conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021⁴⁵, es improcedente la devolución de pagos en salud, pues se trata de valores que se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

En efecto, sobre el particular, sostuvo el Consejo de Estado que:

4.5. Tercer problema jurídico: ¿Resulta procedente la devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por el demandante en exceso?

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

235. *La tesis de la Sala será la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.*

236. *En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal,⁴⁶ **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».⁴⁷ Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley⁴⁸, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».⁴⁹*

237. *Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por el demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.*

238. *En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud, que por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario. (Negrilla es del texto).*

En ese sentido, no se condenará a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná a pagar a favor del accionante los porcentajes de cotización a salud como empleador, que debió trasladar a los fondos correspondientes dentro del período de contratación irregular por el cual se reconoce el restablecimiento

⁴⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴⁷ Cita de cita: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴⁸ Cita de cita: Situación que también cambia y amerita mención especial con la entrada en vigor del Decreto 1273 de 2018 « Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo».

⁴⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Radicado: 20130026001; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

del derecho.

Las sumas que deba cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula, en donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha de causación de la prestación:

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

Por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

8. Pronunciamiento sobre otras pretensiones de restablecimiento del derecho solicitadas en la demanda

Conforme se observa en la demanda, la parte actora incluyó dentro de las pretensiones de restablecimiento del derecho, las siguientes:

8.1 Reconocimiento de horas extras y recargo por dominicales y festivos

Al respecto, esta Sala de Decisión considera que no es viable acceder al reconocimiento y pago de horas extras y recargos nocturnos, teniendo en cuenta que, tal como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 6 de octubre de 2016⁵⁰, “(...) *estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos y además cumplen las condiciones señaladas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978*”; calidad que no puede otorgársele al actor.

Por lo anterior, se negará la referida pretensión de restablecimiento.

8.2. Reconocimiento de la relación laboral, por los periodos en los que no fue aportado contrato de prestación de servicios.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 6 de octubre de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00146-01(1773-15).

Alega la parte actora a que estuvo supuestamente vinculado con la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná desde el año 2002 hasta el año 2018, sin embargo no obra en el expediente contrato de prestación de servicio ni ordenes de trabajo por los siguientes periodos: 2002, 2003, 2004, del 15 de enero de 2008 a 31 enero de 2008, del 1º de abril de 2010 a 31 de diciembre de 2010 y del 1º al 31 de enero de 2017.

Si bien la parte demandante señala que, la relación contractual inicio el desde el 2002 y terminó el 31 de agosto de 2018, no existe evidencia en el material probatorio obrante en el proceso que de fe de lo señalado, por los siguientes periodos: 2002, 2003, 2004, del 15 de enero de 2008 a 31 enero de 2008, del 1º de abril de 2010 a 31 de diciembre de 2010 y del 1º al 31 de enero de 2017, correspondiendo a la parte demandante demostrar que una relación laboral se escondió a través de contratos de prestación de servicios.

Sobre esta carga probatoria el Honorable Consejo de Estado ha dispuesto⁵¹:

“La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Quien pretende la declaratoria de la existencia de un contrato realidad tiene la carga de demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, motivo por el cual ésta le correspondía a la parte demandante. Lo anterior se sustenta en continuación. ... Finalmente, el artículo 167 del Código General del Proceso es claro en señalar que «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...]», es decir, en estos casos la carga de la prueba recae sobre la parte que pretende el reconocimiento del contrato realidad. En ese sentido, si bien es cierto, los documentos anunciados por la parte apelante en su recurso podrían demostrar la subordinación o dependencia continuada del señor Carlos Gregorio Mejía respecto al extinto DAS, lo cierto es que era responsabilidad de este acreditar dicha situación, es decir, el demandante no puede desplazar esa carga procesal en la contraparte. Luego, toda vez que la parte interesada no objetó la ausencia de las pruebas reclamadas, en la debida oportunidad, para la Corporación no hay lugar a confirmar la existencia del elemento de la relación laboral sin la prueba que efectivamente demostraba su ocurrencia. En consecuencia, correspondía al demandante demostrar la configuración de los tres elementos que definen la existencia de una relación laboral, a través de los medios probatorios pertinentes y conducentes que estaban a su disposición.”.

Así las cosas y al carecer de prueba donde se acredite la existencia del contrato

⁵¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, 23 de agosto de 2018, radicación número: 08001-23-33-000-2012-00401-01 (4363-14)

de prestación de servicios por la totalidad de los años que pretende reclamar el accionante, sin que sea suficiente los certificados de egreso que obra por algunos de los periodos ya relacionados, ni la declaración de quienes fueron llamados a rendir testimonio⁵², lleva a concluir a esta Corporación sobre la inexistencia de una relación laboral por los años 2002, 2003, 2004, y los periodos comprendidos entre 15 de enero de 2008 a 31 enero de 2008, del 1º de abril de 2010 a 31 de diciembre de 2010 y del 1º al 31 de enero de 2017.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas, este Tribunal considera necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado⁵³, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁵⁴ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP⁵⁵, y que no

⁵² Ver testimonio de la señora Luz Melva Gómez Salas (minutos 17:43 a 17:50, archivo 39 del expediente digital, Gloria Matilde Gallego Arias (minuto 1:21:49 a 1:22:04, archivo 39 del expediente digital) y Carlos Felipe Isaza Londoño (minuto 17:08 a 17:17, archivo 38 del expediente digital).

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁵⁴ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁵⁵ Cita de cita: “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁵⁶ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁵⁷.

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵⁸ se señaló que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación⁵⁹, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

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

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

⁵⁶ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁵⁷ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁶⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto y siguiendo el criterio objetivo valorativo, se observa que los gastos o expensas en los que incurrió la parte demandante con ocasión de este proceso no se encuentran acreditados en el expediente, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Adicionalmente y en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, su imposición se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la parte actora fue representada judicialmente por profesional del derecho que intervino activamente en todas las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo presentó la demanda sino que también asistió a las audiencias inicial y de pruebas, y alegó de conclusión.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas a la parte accionada.

Atendiendo lo dispuesto por el parágrafo 5 del artículo 3 del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, la suma de \$4'194.227,5 correspondiente al 0.5% de la cuantía estimada en este proceso⁶¹. Lo anterior, toda vez que se accedió de manera

⁶⁰ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

⁶¹ La cuantía del proceso fue estimada en la suma de \$838.845.511 (fl. 27, C.1). De manera que el 4%

parcial a las pretensiones de la demanda.

Según lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso (CGP)⁶², por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE la nulidad de los Oficios n° 20.9.0563 del 15 de febrero de 2019, y n° 20.9.0970 del 14 de marzo de 2019, expedido por el Gerente de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, con los cuales se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por la parte actora con ocasión de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes.

Segundo. DECLÁRASE la existencia de una relación laboral encubierta entre el señor Luis Fernando Estrada Naranjo y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, por la duración de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como médico especialista en cirugía general de dicha entidad, esto, es, por los períodos comprendidos entre el 1º de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de marzo de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2006, 1º de enero de 2007 y el 14 de enero de 2007, 1º de febrero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008, 2 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009, 1º de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2010, 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, 2 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, 1º de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, 1º de febrero de 2017 y el 31 de diciembre de 2017, 1º de enero de 2018 y el 31 de agosto de 2018.

Tercero. DECLÁRASE de oficio probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Luis Fernando Estrada Naranjo y la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, causadas en relación con los períodos laborados con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, excepto en lo relacionado con los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

de dicha cuantía asciende al valor de \$33'553.820,4

⁶² En adelante, CGP.

Cuarto. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná reconocer y pagar a favor del señor Luis Fernando Estrada Naranjo las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta de la ESE Hospital San Marcos De Chinchiná de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral, esto es, 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, 2 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, 1º de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014, 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, 1º de febrero de 2017 y el 31 de diciembre de 2017, 1º de enero de 2018 y el 31 de agosto de 2018. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

No se incluyen los períodos prescritos, esto es, el 1º de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de marzo de 2005 y el 31 de diciembre de 2005, 1º de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2006, 1º de enero de 2007 y el 14 de enero de 2007, 1º de febrero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008, 2 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009, 1º de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2010.

Quinto. **DECLÁRASE** que el tiempo laborado por el señor Luis Fernando Estrada Naranjo como médico especialista en cirugía general de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

Sexto. **CONDÉNASE** a la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná a tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional de la parte actora (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Séptimo. **NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

Octavo. Las sumas que deba cancelar la entidad accionada de acuerdo con lo antes expresado, serán debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer dichos ajustes.

Noveno. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Décimo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandada por concepto de agencias en derecho, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación conforme lo determina el CGP, por lo brevemente expuesto. FÍJASE el 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

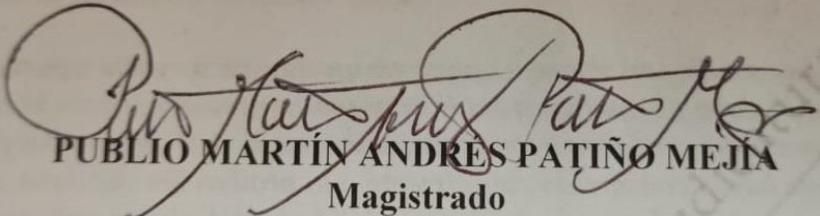
Decimoprimer. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Decimosegundo. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

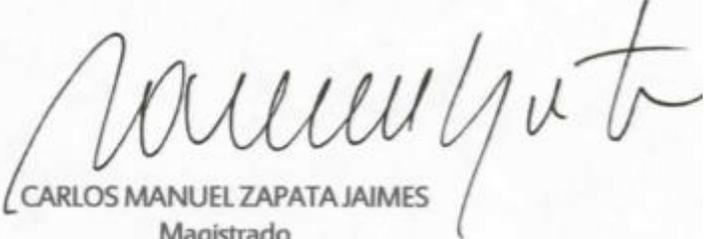
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 169

FECHA: 26/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 157

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Acción: Cumplimiento
Radicación: 17001-33-33-003-2023-00198-02
Accionante: Jaime Fredy Moreno López
Accionada: Municipio de Chinchiná, Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 049 del 22 de septiembre de 2023

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver la impugnación radicada por la parte accionante contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2023 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro de la acción de cumplimiento de la referencia.

LA DEMANDA

Mediante escrito que obra en el archivo 01 del cuaderno 1, el señor Jaime Fredy Moreno López, solicitó el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 159 de la ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito) y 826 del Estatuto Tributario con el fin de que se prescriba la acción de cobro en su contra, se archive el proceso, se elimine en el SIMIT el comparendo impuesto al accionante y finalmente se expida paz y salvo.

Como fundamentos de *hecho* de su pretensión, expresó que la secretaría de movilidad de Chinchiná le impuso comparendo número 1717400000006803816, el 4 de enero de 2014.

Refirió que a través de la Resolución n°206 del 15 de mayo de 2014, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Chinchiná declaró contraventor al actor y le impuso sanción pecuniaria de 1440 SMLMV.

Indicó que el 2 de diciembre de 2016, el área de cobro coactivo libró mandamiento de pago y que la notificación se realizó por “*publicidad*”, aduciendo que la dirección reportada por el infractor no es clara y revisada la base de datos no se encontró ninguna otra, por lo cual no hubo respuesta o comparecencia del investigado.

Adujo que la notificación por publicidad se fijó el 5 de diciembre de 2019 (sic) y se desfijó el 19 de diciembre de 2016, quedando surtida la notificación del mandamiento de pago el 20 de diciembre de 2016.

Narró que en dos oportunidades ha radicado solicitud de prescripción, pero en las dos respuestas dadas le informaron que el mandamiento de pago fue notificado el 20 de diciembre de 2016, por lo cual la prescripción fue interrumpida dando inicio a la acción de cobro por cinco (5) años, conforme al artículo 817 del Estatuto Tributario.

Expresó que solicitó copia íntegra del expediente el 21 de febrero de 2023, donde pudo corroborar que en la versión libre el accionante dio la dirección de residencia y que no obstante lo anterior, el mandamiento de pago no fue notificado en los términos de ley.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito que obra en el archivo 10 del cuaderno 1, el Municipio de Chinchiná aceptó como ciertos algunos hechos de la demanda y precisó que la conducta concluyente es una forma subsidiaria de notificación de los actos administrativos que en el caso se concreta en el 13 de enero de 2020 cuando el actor envió petición a la entidad de tránsito solicitando copia del comparendo.

Señaló que la Oficina de Tránsito y Transporte se encontraba en los supuestos legales y fácticos para librar mandamiento de pago, con la finalidad de satisfacer lo adeudado por el accionante al municipio de Chinchiná, conforme a lo dispuesto en la ley 769 de 2002.

Aseveró que para el caso de la prescripción el término aplicable es el señalado en el artículo 817 del Estatuto Tributario, por lo cual la entidad se encontraba en términos para continuar con la acción de cobro y no se podía acceder a la prescripción solicitada.

Concluyó que la acción que debió adelantar el actor fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para determinar la validez de los actos administrativos emitidos en el proceso sancionatorio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El 28 de agosto de 2023 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia en el asunto de la referencia, negando las súplicas de la demanda (archivo 12, C1).

El juez *a quo* hizo alusión a los requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento, y sobre el referido a que el mandato sea imperativo e inobjetable, consideró que los preceptos que se dicen incumplidos deben ser lo suficientemente precisos, y no pueden generar ningún tipo de incertidumbre en cuanto a su objeto, vigencia y exigibilidad, por lo que deben contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible contenida en una norma o acto administrativo.

Explicó que de las pruebas aportadas se evidencia que el trámite administrativo objeto de inconformidad no es posible solucionarlo a través de este medio expedito y residual, en tanto que el mandato inobjetable frente al término de caducidad y prescripción en las infracciones de tránsito no se aplica de puro derecho, pues, por el contrario, requiere instrumentos probatorios y etapas procesales que logren desvirtuar la legalidad de las actuaciones administrativas.

Agregó que la Secretaría de Tránsito del Municipio de Chinchiná, impuso una sanción al señor Jaime Fredy Moreno López, trámite que fue adelantado y culminó con una decisión clara y concreta frente a una situación particular respecto de la infracción de tránsito, donde se emitieron actos administrativos que resultaban susceptibles de enjuiciamiento a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Precisó que la acción de cumplimiento, debido a su subsidiariedad, no puede constituirse como el mecanismo que reemplace las acciones ordinarias establecidas en los textos normativos.

Por lo expuesto resolvió el juzgador de instancia declarar improcedente la acción de cumplimiento.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primer grado, mediante escrito visible en el archivo 14 del cuaderno principal, el accionante impugnó la sentencia de primera instancia.

Como argumentos de su alzada insistió en la presentación del fenómeno de la prescripción en el presente asunto al transcurrir mas de 6 años sin que la entidad haya recaudado el dinero a su favor y la norma indica que son 3 años para que la entidad gestione el cobro.

Adujo que lo que se pretendía era que el Despacho hiciera un análisis de la mala gestión que realiza la secretaria de tránsito y transporte de Chinchiná Caldas, narrando los dos eventos y demostrando que existe la prescripción con el fin de que ordenara al accionado a dar pleno cumplimiento de las normas especiales de tránsito, pero en el fallo de primera instancia se demuestra lo contrario, ya que solo hizo un análisis de la legalidad del acto administrativo sancionatorio y la formalidad de la notificación del mandamiento de pago e indicó que la acción que se debió interponer fue la nulidad y restablecimiento de derecho, argumentos que no guardan coherencia con lo solicitado.

TRÁMITE PROCESAL

La acción de cumplimiento fue presentada ante la Oficina Judicial de esta ciudad el 01 de junio de 2023 (archivo 03, C1), y correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, Despacho judicial que tramitó y decidió la acción a través de sentencia del 28 de agosto de 2023 (archivo 12, C1). Inconforme con la decisión anterior, el accionante radicó impugnación, cuyo conocimiento correspondió al Despacho del suscrito Magistrado Ponente según el acta individual de reparto del 13 de septiembre de 2023.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Fundamento y objeto de la acción de cumplimiento

El artículo 87 de la Carta Política consagró la acción de cumplimiento como un mecanismo para hacer efectiva una ley o un acto administrativo.

La Ley 393 de 1997 vino a desarrollar el precepto constitucional anotado, y en su artículo 1º estableció que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”*.

Con la expedición del CPACA, la acción de cumplimiento desarrollada por la Ley 393 de 1997 se incluyó en los medios de control, y pasó a denominarse en ese nuevo estatuto procesal como cumplimiento de normas con fuerza

material de ley o de actos administrativos. El artículo 146 que la contempló, es del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 146. CUMPLIMIENTO DE NORMAS CON FUERZA MATERIAL DE LEY O DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. *Toda persona podrá acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.*

Según se desprende de lo expuesto, la acción de cumplimiento se erigió como un instrumento procesal tendiente a la obtención, por parte de las autoridades públicas o los particulares que actúan en ejercicio de funciones públicas, del cumplimiento real y efectivo de las normas con fuerza material de ley o de los actos administrativos que en la práctica carecían de vigencia. Dicho en otras palabras, pretendió el Constituyente otorgar a todas las personas la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a efectos de lograr la efectividad de las leyes y de los actos administrativos, protegiendo de esta manera el orden jurídico y social del Estado. Con todo, la acción de cumplimiento constituye un mecanismo que no está destinado a lograr el reconocimiento de derechos particulares en disputa, sino, como ya se ha dicho, a la protección del orden jurídico en abstracto, a través del cumplimiento de deberes concretos de las autoridades, derivados de normas con fuerza material de ley o contenidos en actos administrativos.

Sobre la finalidad de la acción de cumplimiento, la Corte Constitucional ha dicho¹:

De este modo, la acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso², y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el particular espera que se le reconozcan. Tampoco es un mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales, pues a pesar de la legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1194 del 15 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

² El Tribunal omitirá las extensas citas a pie de página que se incorporan en el texto que ahora se trae.

alcances del mismo sean ineludiblemente interpretados.

Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa, tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el "cumplimiento de un deber omitido" contenido en "una ley o acto administrativo" (artículo 87 C.P.) que la autoridad competente se niega a ejecutar.

Dicho deber no es, entonces, el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de un mandato específico y determinado. Este puede tener múltiples manifestaciones o modalidades, pero no tiene que consistir en una obligación clara, expresa y exigible porque el artículo 87 no consagró una acción de simple ejecución, sino una acción de mayor alcance. Para que pueda exigirse su cumplimiento el deber ha de predicarse de una entidad concreta competente, es decir, que existe jurídica y realmente y es destinataria del mandato contenido en la norma legal o administrativa. La entidad no tiene que haber sido la única destinataria del mandato, puesto que las normas generales que regulan una materia pueden tener como destinatarias, por ejemplo, a las autoridades de determinado sector o a todas las entidades de cierto tipo –v.gr. las comisiones de regulación-. De manera tal que el particular, quien actúa en interés propio, en representación de un tercero, o en defensa del interés general, tiene la facultad de exigir, precisamente, la adopción de una decisión, la iniciación o continuación de un procedimiento, la expedición de un acto o la ejecución de una acción material necesaria para que se cumpla el deber omitido, así éste haya sido establecido en una ley que no menciona específicamente a la autoridad renuente.

En relación con los requisitos mínimos para la prosperidad de este medio de control, en concordancia con las disposiciones que lo regulan, el Consejo de Estado señaló que³,

(...) para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben acreditar los siguientes requisitos mínimos:

i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente (E): Dr. Alberto Yepes Barreiro. Radicado número: 08001-23-33-000-2014-00835-01(ACU). Sentencia del 15 de octubre de 2015.

vigentes (Art. 1º)⁴.

ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento.

iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º). El artículo 8º señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito “cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace procedente la acción. Por tanto, es improcedente la acción que persigue la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o pretende el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

El acto administrativo cuyo cumplimiento se exige en la demanda

La demanda se interpuso para obtener el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 159 de la Ley 769 de 2002, “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones” y 826 del Decreto 624 de 1989, “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”, cuyo texto se reproduce a continuación:

- Artículo 159 de la Ley 769 de 2002

ARTÍCULO 159. CUMPLIMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 206 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario.

Las sanciones impuestas por infracciones a las normas de tránsito prescribirán en tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho; la prescripción

⁴ Cita de cita: Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

deberá ser declarada de oficio y se interrumpirá con la notificación del mandamiento de pago. La autoridad de tránsito no podrá iniciar el cobro coactivo de sanciones respecto de las cuales se encuentren configurados los supuestos necesarios para declarar su prescripción.

(...)

-Artículo 826 del Decreto 624 de 1989:

ARTICULO 826. MANDAMIENTO DE PAGO. El funcionario competente para exigir el cobro coactivo, producirá el mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes más los intereses respectivos. Este mandamiento se notificará personalmente al deudor, previa citación para que comparezca en un término de diez (10) días. Si vencido el término no comparece, el mandamiento ejecutivo se notificará por correo. En la misma forma se notificará el mandamiento ejecutivo a los herederos del deudor y a los deudores solidarios.

Cuando la notificación del mandamiento ejecutivo se haga por correo, deberá informarse de ello por cualquier medio de comunicación del lugar. La omisión de esta formalidad, no invalida la notificación efectuada.

PARAGRAFO. El mandamiento de pago podrá referirse a más de un título ejecutivo del mismo deudor.

Sobre la subsidiariedad de la acción de cumplimiento

El H. Consejo de Estado⁵ en providencia del 14 de diciembre de 2017 expresó en relación con este tema:

Por su parte, la subsidiariedad implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable. Igual a lo que acaece frente a la tutela, pues se trata de instrumentos judiciales residuales y no principales. Lo cual se explica en “garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-33-42-053-2017-00286-01(ACU), Actor: GERMÁN HUMBERTO RINCÓN PERFETTI, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DANE, ALTA CONSEJERIA PRESIDENCIAL PARA LA MUJER, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, COMISIÓN DE GENERO DE LA RAMA JUDICIAL, ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA.

entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio...⁶

En la misma providencia se indicó sobre la existencia de un mandato imperativo e inobjetable:

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”⁷. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “imperativo e inobjetable” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Examen del caso concreto

En este asunto la parte actora pretende el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 159 de la Ley 769 de 2002, “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”, y 826 del Decreto 624 de 1989, “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”, y que como consecuencia de ello se prescriba la acción de cobro en su contra, se archive el proceso, se elimine en el SIMIT el comparendo impuesto al accionante y finalmente se expida documento de paz y salvo.

Conforme al pronunciamiento jurisprudencial parcialmente transcrito, estima esta Sala de Decisión que en el presente asunto se configura una de las causales de improcedencia previstas en la ley para la acción de cumplimiento, cual es la contenida en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, referida a los eventos en que el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta Consejero ponente, Alberto Yepes Barreiro, 1 de noviembre de 2012, radicado 76001-23-31-000-2012-00499-01(ACU).

⁷ Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).

el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Adicionalmente, la Sala advierte que el mandato respecto del cual se pide cumplimiento no tiene la característica de ser inobjetable, claro, expreso y exigible.

Lo anterior es así puesto que lo pretendido por el actor es el cumplimiento de la disposición que regula la prescripción de la acción de cobro en el código nacional de tránsito, procedimiento que está condicionado a la interrupción o no de ese fenómeno con la notificación del mandamiento de pago.

Como se advierte, en el presente asunto tanto en la demanda como en el escrito de impugnación se discute la forma en la cual se practicó la notificación del mandamiento de pago, expresando que debía realizarse de manera personal y que se hizo a través de otras formas de comunicación que generan nulidad de dicha actuación y por tanto no interrumpen la prescripción.

En este sentido, la aplicación de las normas cuyo cumplimiento se reclama no se presenta clara o de manera inobjetable como lo exige la Ley 393 de 1993 al regular las acciones de cumplimiento.

La Sala destaca que al existir discusión entre la entidad que realiza el procedimiento de cobro coactivo y el destinatario de dicho cobro respecto de la notificación de una de las actuaciones, la aplicación de la prescripción no es clara, expresa y tampoco inobjetable.

Ahora, en relación con las decisiones de la administración que se expiden en el proceso de cobro coactivo, la parte accionante en este asunto cuenta con otros mecanismos administrativos y judiciales para atacarlas.

En esta línea, el artículo 101 de la Ley 1437 de 2011 consagra lo siguiente en relación con el control jurisdiccional de los actos administrativos proferidos en el procedimiento de cobro coactivo:

ARTÍCULO 101. CONTROL JURISDICCIONAL. *Sólo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos de la Parte Segunda de este Código, los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquidan el crédito.*

La admisión de la demanda contra los anteriores actos o contra el que constituye el título ejecutivo no suspende el procedimiento de cobro coactivo.

Únicamente habrá lugar a la suspensión del procedimiento administrativo de cobro coactivo:

- 1. Cuando el acto administrativo que constituye el título ejecutivo haya sido suspendido provisionalmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y*
- 2. A solicitud del ejecutado, cuando proferido el acto que decida las excepciones o el que ordene seguir adelante la ejecución, según el caso, esté pendiente el resultado de un proceso contencioso administrativo de nulidad contra el título ejecutivo, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Esta suspensión no dará lugar al levantamiento de medidas cautelares, ni impide el decreto y práctica de medidas cautelares.*

PARÁGRAFO. *Los procesos judiciales contra los actos administrativos proferidos en el procedimiento administrativo de cobro coactivo tendrán prelación, sin perjuicio de la que corresponda, según la Constitución Política y otras leyes para otros procesos.*

Así mismo, el artículo 138 del mismo código establece en relación con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”.*

De este modo, le asiste razón al Juez de instancia al concluir que en el presente asunto las normas cuyo cumplimiento se demanda no contienen un mandato claro, expreso, exigible e inobjetable. Adicionalmente, se demostró que el actor cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir la prescripción ante el juez natural y demostrar las razones por las cuales considera que el mandamiento de pago no fue notificado en tiempo o por los medios establecidos en el procedimiento administrativo, para de esta manera lograr que en sede judicial se desestime lo decidido por la jurisdicción coactiva.

En orden a las consideraciones que anteceden, el Tribunal concluye que la sentencia de primer grado amerita ser confirmada en tanto declaró la improcedencia de la acción incoada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL

ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

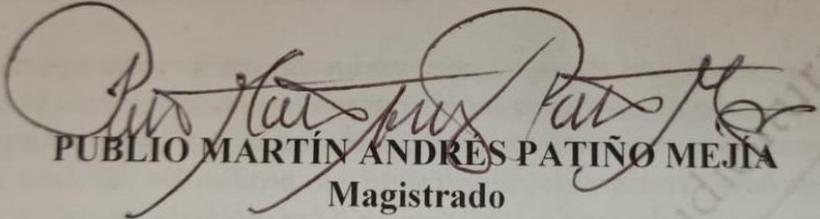
Primero. CONFÍRMASE la sentencia proferida el 28 de agosto de 2023 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro de la acción de cumplimiento promovida por el señor Jaime Fredy Moreno López contra el Municipio de Chinchiná, Caldas.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

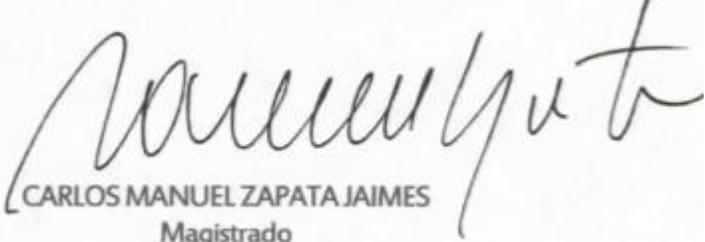
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 169

FECHA: 26/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:155

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-005-2020-00270-02
Demandante: Dora Monserrat Perdomo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 049 del 22 de septiembre de 2023

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 31 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Dora Monserrat Perdomo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control (archivo 01 C1Instancia del expediente digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del acto ficto del 02 de octubre de 2019, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año,

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

conforme lo establece el numeral 2 literal b del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

-Se reconozca, liquide y pague la prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia, debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 21 de julio de 2009 equivalente a una mesada pensional.

3. Que se ordene la aplicación de los reajustes anuales sobre la pensión conforme lo establece la Constitución Política de Colombia y la Ley.
4. Que se reconozca y pague las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
5. Que se ordene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo de acuerdo con el artículo 192 y siguientes del CPACA.
6. Que se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valores a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precio al consumidor.
7. Que se condene en costas a la parte accionada de conformidad con el artículo 188 del código de procedimiento administrativo.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. La señora Dora Monserrat Perdomo se vinculó a la docencia oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981 y en condición de pensionado por el FOMAG no tiene derecho a que la UGPP reconozca a su favor la pensión gracia.
2. La parte actora solicitó la pensión de jubilación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del

Departamento de Caldas, misma que le fue reconocida por dicha entidad a través de la Resolución n° 4008 del 30 de julio de 2009.

3. El fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional como lo consagra el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tiene derecho a la pensión de gracia.

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

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones:

- Artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y
- Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 consejero ponente César Palomino Cortés.

Aclamó que el objeto de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia.

Por tanto indicó que el derecho incoado, fue establecido antes de que fuera reconocido en la Ley 100 de 1993; así mismo precisó que cuando se estableció el pago de la mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981; y con la Ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que, se realizaran alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Refirió las sentencias C-461 de 1995, C-409 de 1994, C-506 de 2006 y el Acto Legislativo 1 de 2005 por medio del cual se adiciono el parágrafo transitorio 1 del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, por tanto concluyó que en esas condiciones es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima que equivale a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

Regulación que fue confirmada en la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado SUJ – 014 –CE- S2-2019, consejero ponente César Palomino Cortés.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional

– FOMAG (archivo 11, C1Instancia del expediente híbrido), contestó la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma. La entidad demandada no propuso excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 31 de marzo de 2023, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (archivo 18, C1Instancia del expediente digital), a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente:

Precisó el marco normativo de lo expuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que hacen referencia a la mesada adicional de mitad de año para los pensionados.

En consecuencia, explicó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dispuso que el reconocimiento de la mesada adicional para los pensionados, su contenido técnico es similar a la prima de mitad de año.

Resaltó que el Acto Legislativo 01 de 2005, al regular el tema de las mesadas adicionales, determinó que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia de éste, no podían recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, es decir, se refirió a todas las personas, sin hacer salvedad alguna, de manera que esta norma de rango constitucional eliminó del mundo jurídico toda mesada adicional, sea que estuviese regulada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (régimen general) o en cualquier régimen especial, con excepción a aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salario mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

Finalmente concluyó que a la demandante le fue reconocida su pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011, el monto devengado por la demandante es inferior a 3 smlmv y en tal sentido tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Indicó que en el caso concreto se configuró la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 2 de julio de 2016, conforme a lo establecido en la norma transcrita.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial (archivo 16, C1Instancia del expediente digital), la parte demandada recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la providencia con fundamento en lo siguiente.

Mencionó que en el fallo recurrido se presenta un error de derecho (IURIS IN IUDICANDO) por interpretación errónea del artículo 15, numeral 2, literal b de la ley 91 de 1989, respecto del establecimiento de prima de mitad de año a favor de los docentes.

Explicó que el Juez, luego de realizar un recorrido legal y jurisprudencial del artículo 15, numeral 2, Literal B de la ley 91 de 1989, considera que los docentes pueden ser acreedores de la prima de junio prevista en el apartado normativo, sí y sólo sí, cumplen con la totalidad de los siguientes requisitos: *i). Que el docente se haya vinculado al servicio docente a partir del 01 de enero de 1981. ii). Que el docente se haya vinculado al servicio docente antes del 27 de junio de 2003, fecha en la que entró a regir la Ley 812 de 2003. iii). Que no sea beneficiario de la pensión gracia iv). Que el docente haya adquirido el estatus de pensionado antes del 25 de julio de 2005, fecha en la que entró a regir el acto legislativo No 01 de 2005, salvo que, después de esa fecha y antes del 31 de julio de 2011, se le haya reconocido una mesada pensional inferior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Advirtió que el Juez de primera instancia deduce que artículo 15, Numeral 2, Literal B de la ley 91 de 1989, extendió el beneficio de una prima de mitad de año a favor del cuerpo docente, pasando por alto que el desarrollo legal y jurisprudencial de la disposición no permite concluir que la intención o voluntad del Legislador fuera la de crear la prima de medio año a favor de los docentes oficiales.

Agregó que incluso, la interpretación de la actora vista a la luz de la constitución no guarda coherencia con lo dispuesto en ella, y, de todo el análisis tampoco se arriba a la conclusión, ni es posible realizar un juicio o test de igualdad, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares.

Adujo que la prima de servicios que dentro del presente proceso peticiona la actora, fue creada mediante el Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 42, como un factor de salario, sin embargo, la misma norma excluyó a los docentes oficiales por lo que no pueden acceder a ese beneficio.

Afirmó que el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de unificación concluyó que la norma transcrita, no extendió el reconocimiento de la prima de servicios prevista en el Decreto 1042 de 1978, a favor del personal docente, pues este tipo de prestaciones, no pueden reconocerse en forma tácita sino expresa, más aún cuando el mismo artículo 104 del referido decreto, excluyó de su aplicación a los docentes oficiales.

Explicó que la demandante se pensionó antes del 31 de julio de 2011 y la mesada pensional inicial es inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin embargo, no se hace acreedora al derecho invocado porque el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 es preciso en establecer que el reconocimiento de la prima de junio surge de la pensión de jubilación y en este caso la pensión de la actora es de invalidez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. Guardo silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 19 de mayo de 2023, y allegado el 5 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivos 01 y 02 C2Instancia del expediente digital).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia. Las partes no se pronunciaron en esta esta procesal; el Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad, (archivo 02 C2Instancia del expediente digital).

Paso a Despacho para sentencia. El 7 de septiembre de 2023 el proceso ingresó a Despacho para sentencia, la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado

Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

La cuestión que se debe resolver en el sub examine se centra en dilucidar lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen general de seguridad social; **iii)** prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio; y **iv)** examen del caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución 4008 del 30 de julio de 2009, se reconoció la pensión de invalidez por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora Dora Monserrat Perdomo, en cuantía de \$884.434, a partir del 21 de julio de 2009.
2. La parte actora radico el 02 de julio de 2019 solicitud ante la entidad accionada, para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
3. La parte actora nació el 4 de julio de 1966.

2.- Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993³, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

3.- Prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio

El artículo 53 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”-
negrilla de la Sala-

La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976: “Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”

La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año**, que es la que se demanda en este proceso, equivalente a una mesada pensional:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

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

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 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.*** -Negrilla y subrayado de la Sala-

Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, de interés para este proceso, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

*ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, **que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.***

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”- subrayado de la Sala -

Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción:

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

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

Teniendo en cuenta que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a

la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”*.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007, ilustró sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981:

*“... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, “gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”, **puede asimilarse** a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...”:*

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, “gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”, puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, “adicionalmente” a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre “una mesada pensional” (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y “30 días de pago

de la pensión” (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cubre a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”

El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

(...) “Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

(...) “Párrafo 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”.

(...) “Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”.

En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004)

El concepto 1857 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional: "Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada

en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.”

Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”

4.- Examen del caso concreto

De acuerdo con los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se procederá a analizar el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

En el sub judice, a la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de invalidez a través de la Resolución n°4008 del 30 de julio de 2009, en cuantía de \$884.434 a partir del 21 de julio de 2009.

De acuerdo con dicho acto, a la parte demandante se le tuvo en cuenta un salario base de liquidación de \$1.768.867.

En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, pero la cuantía inferior a 3 SMLMV corresponde a una pensión de invalidez y no a una de jubilación o vejez en la cual el monto de la prestación si hubiese sido superior a los tres salarios mínimos.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se revocará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. REVÓCASE la sentencia del 31 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Dora Monserrat Perdomo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar,

Segundo. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda formuladas por la señora Dora Monserrat Perdomo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

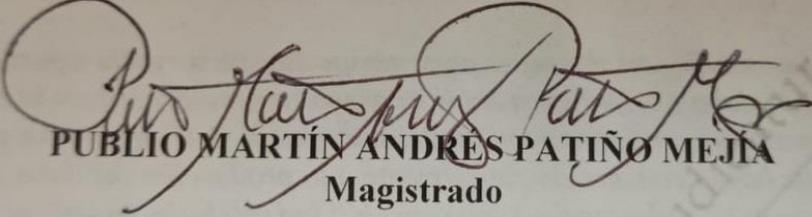
⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

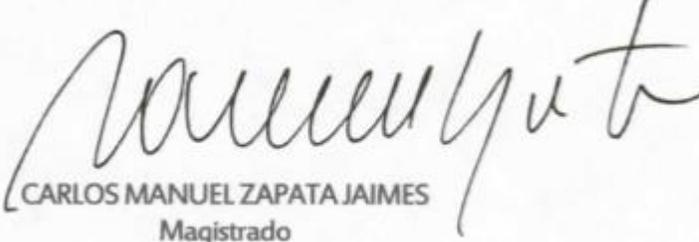
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 169
FECHA: 26/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:156

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-006-2022-00089-02
Demandante: Gladys del Socorro Palacio Mejía
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 049 del 22 de septiembre de 2023

Manizales, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gladys del Socorro Palacio Mejía contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de mayo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-718 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de

manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 10, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescindiera de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso las siguientes excepciones: *“FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “PRESCRIPCIÓN”*.

Departamento de Caldas:

No se pronunció.

LA SENTENCIA APELADA

El 22 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 18, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 20, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso dealzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 23 de junio de 2023, y allegado el 28 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 27 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...".

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

2ª. *El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*

3ª. *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.*

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.101.415,00; e intereses a las cesantías por valor de \$932.685,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-718 del 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las

¹³ Página 23, archivo 04, C.1, exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gladys del Socorro Palacio Mejía contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

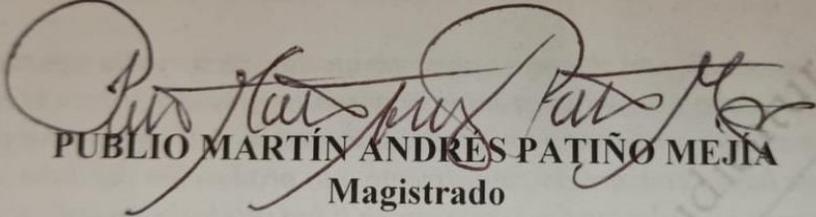
¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 169
FECHA: 26/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA

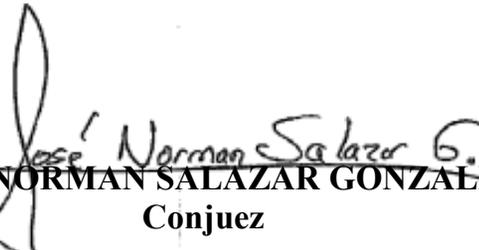


**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SECRETARÍA**

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

De conformidad con la providencia emitida por el H. Consejo de Estado que resolvió el recurso de alzada que contra la decisión primaria impetró la demandada **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Estese a lo resuelto por el Consejo de Estado en Sentencia de 6 de junio de 2023 (fl. 208-212 C.1), en la cual modificó la sentencia primaria; ordénese el archivo del expediente una vez se encuentren liquidados los gastos procesales.

Notifíquese y Cúmplase


JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SECRETARÍA**

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

De conformidad con la providencia emitida por el H. Consejo de Estado que resolvió el recurso de alzada que contra la decisión primaria impetró la demandada **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Estese a lo resuelto por el Consejo de Estado en Sentencia de 6 de junio de 2023 (fl. 1126-130 C.1), en la cual modificó la sentencia primaria; ordénese el archivo del expediente una vez se encuentren liquidados los gastos procesales.

Notifíquese y Cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tomás Felipe Mora Gómez', written over a horizontal line.

TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Norman Salazar González

Conjuez Ponente

Manizales, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse agotado con éxito todas las etapas procesales y pasar a despacho el pasado 9 de agosto de 2021 por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que responde al radicado n° **17001233300020180036300** en el que es demandante la señora **MARIA OLGA VALLEJO MURILLO** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** con ponencia de este Conjuez **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** y el **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, la demandante **MARIA OLGA VALLEJO MURILLO** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% del salario básico, además su carácter de factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima reclamada, también por todo el periodo en que se desempeñó como Fiscal Seccional.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

- 1. Declarar** la nulidad de la **resolución DESAJMAR17-586 de 15 de junio de 2017**.

2. **Declarar** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo*.

Condenas:

A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la demandada, lo siguiente;

3. **PAGAR** a la demandante **MARIA OLGA VALLEJO MURILLO**, en los periodos solicitados y debidamente indexada, la diferencia salarial existente entre lo que se ha liquidado y pagado hasta ahora en salario y prestaciones sociales (vacaciones, prima de servicios, de navidad, de vacaciones, cesantías, seguridad social en salud y pensión, bonificación por servicios), y lo que legalmente le corresponde teniendo como base para la liquidación la prima especial con carácter salarial correspondiente al 30% de sus ingresos y se efectuó la liquidación de sus prestaciones con el 100% de su remuneración mensual.
4. **PAGAR** a la demandante las sumas que resulten probadas en este proceso como NO pagadas o desconocidas a mi mandante en relación con la prima especial con carácter especial con carácter salarial correspondiente al 30% del salario básico.
5. El cumplimiento de la sentencia, por parte de la demandada se efectuó en cumplimiento de los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.
6. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de los intereses comerciales y moratorios en la forma como lo dispone el artículo 195 del CPACA.

4. HECHOS

La doctora **MARIA OLGA VALLEJO MURILLO** laboró al servicio **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** en el cargo de Juez de la Republica por el periodo comprendido entre el *1 de diciembre de 2011 y el 10 de julio de 2017*.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

A través de petición presentada el *12 de junio de 2017*, instauró derecho de petición ante la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en la que solicitó - a grandes rasgos- el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios

regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por todos los periodos que la demandante ha laborado en el cargo de Juez de la Republica.

Dicha petición fue negada a través de la **resolución DESAJMAR17-586 de 15 de junio de 2017**. Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación, el cual fue concedido por medio de la **resolución DESAJMAR17-829 de 16 de agosto de 2017**, sin embargo, nunca fue resultado por la demandada, por lo que se configuró el **acto administrativo ficto presunto negativo**.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **13 de febrero de 2018**, la demandante por intermedio de su apoderada presentó ante la Procuraduría General de la Nación **solicitud de conciliación**. Por medio de la resolución n° 128 de 11 de mayo de 2018, el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, admitió y declaró fallida la conciliación.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

7.1. Normas Constitucionales vulneradas: preámbulo, artículos 1, 2, 4, 53, 93, 122, 123 y 150, numeral 19, literal e).

7.2. Normas de carácter nacional vulneradas: artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 1, 4, 9, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 127, 128 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 54 y 64 del Decreto 2699 de 1991, Decretos 1042 y 1045 de 1978, 174 y 230 de 1975, Decreto extraordinario 3135 de 1968.

7.3. Normas del derecho internacional, reconocidas por el Estado Colombiano: Artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por la Ley 74 de 1968 y normatividad de la OIT.

7.4. Jurisprudencia del Consejo de Estado: Sentencia de 29 de abril de 2014 -Sala de Conjuces- proceso 11001-03-25-000-2007-00087-00,

Sentencia SU-1185 de 2001 “principio de favorabilidad laboral”, Sentencia de 27 de junio de 2012, Consejo de Estado expediente 2005-00827-00.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al liquidar las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de su salario básico mensual.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL (02RespuestaDemanda)** Aceptó como ciertos los hechos relativos a los hechos relacionados con el cargo ocupado por el Dr. Francisco Javier Bolívar Mejía, a la reclamación administrativa y al agotamiento de la conciliación ante la Procuraduría General de la Nación y solicitó que se pruebe, los demás. Como razones esbozó que son interpretaciones de ley e interpretaciones de jurisprudencia relacionada. Agregó además, que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjuces, Sección Segunda¹, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1996 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial, lo que indica que los decretos emitidos por el Gobierno Nacional a partir del año 2008, aún gozan de presunción de legalidad, motivo que da lugar a la negación de las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior y frente al fallo judicial citado, en la que sus efectos vinculantes, son susceptibles de reconocimiento y pago, los cuales

¹ Radicado n° 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz.

deben ser cancelados previa asignación de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que se agrava, si se tiene en cuenta las experiencias pasadas, en las que la Rama Judicial a través del Director Ejecutivo de Administración Judicial-Nivel Central en asocio con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, calculó el presupuesto de la Rama Judicial para la vigencia siguiente, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emita respuesta favorable a los intereses de la demandada, conforme la respuesta emitida en el oficio de 30 de diciembre de 2014, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional; en el cual, en resumen, exige la constitución de un título legítimo de gasto, por no ser un crédito judicialmente reconocido, sino que la situación judicial que sea analiza trata de una sentencia de simple nulidad, las cuales no son títulos constitutivos de gasto, en razón a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos particulares que nazca en uno general anulado.

Así las cosas, el reconocimiento y pago que predica el demandante solo es posible en virtud de un fallo judicial, pues como ya se dijo es la única manera de crear un título constitutivo de gasto y no la sentencia de simple nulidad, que no genera efectos a nivel personal, por lo que su aplicación a las pretensiones de la demandante, se hace imposible. Ahora bien, la aplicación retroactiva de los intereses de la demandante, sin contar con una sentencia judicial ejecutoriada que lo ordene, acaecería en sanciones del orden disciplinario y penal para la entidad que representa, conforme lo dispone el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.

En conclusión a pesar de la existencia de una sentencia emitida por el Consejo de Estado desde el año 2014, que anuló los decretos salariales comprendidos entre los años 1997 a 2007, dejó por fuera los decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional en los años posteriores al 2008 y dado que se trata de un medio de control de simple nulidad, sus efectos vinculantes son del orden general, por lo que es imposible aplicarlos al caso particular, en consecuencia; las decisiones tomadas por la demandada frente a la demandante, se han ajustado a derecho y por ende, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Radicada la demanda el **21 de junio de 2018** le fue asignado el n° de radicación 17001233300020180036300 y fue repartido al Despacho 002 del

Tribunal Administrativo de Caldas, el cual mediante providencia 30 de julio de 2018 declaro su impedimento y lo secundaron el Despacho 003 el 31 de julio de 2018 y los restantes el 10 de agosto y 9 de noviembre de 2018, por medio de auto de 4 de julio de 2019, el Consejo de Estado, aceptó el impedimento y ordenó el reparto de este expediente entre los Conjueces que hacen parte de este Tribunal, el 15 de noviembre de 2019 se asignó Conjuez, el 12 de diciembre de 2019 se admitió la demanda, el 16 de enero de 2020 se notificó la demanda a la demandada, al Agente del Ministerio Publico y a la Agencia de Defensa Juridica del Estado (01Cuaderno1), el 5 de octubre de 2020 se corrió traslado a las excepciones (03ConstanciaTrasladoExcepciones, 04TrasladoExcepciones), el 1 de febrero de 2021 se fijó el litigio, se agotó el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar (08PruebasFijaLitigioAlegatos), cumplido el termino para alegar, el 10 de marzo de 2021 paso el proceso a despacho para proferir sentencia (19ADespachoParaSentencia).

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder de la demandante **MARIA OLGA VALLEJO MURILLO** para la abogada **Dr. MARIA ELENA QUINTERO VALENCIA**, escrito de la demanda y las pruebas que la acompañan (01Cuaderno1), contestación de la demanda (02RespuestaDemanda), poder otorgado por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial, pruebas que acompañaron las respuesta y el expediente administrativo (02RespuestaDemanda), pronunciamiento frente a las excepciones (07PronunciamientoExcepciones) y el escrito de alegatos parte demandante (17AlegatosDemandante).

11. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

- En el escrito de la demanda.

Resolución DESAJMAR17-586 de 15 de junio de 2017 “por medio de la cual se niega una petición”, recurso de apelación, resolución DESAJMAR17-829 de 16 de agosto de 2017 “por medio de la cual se concede un recuso de apelación”, constancia laboral n° 1268 de 17 de agosto de 2017, solicitud de conciliación, resolución n° 128 de 13 de febrero de 2018 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación”.

b. Demandada.

Expediente administrativo (02RespuestaDemanda).

12. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 5 de octubre de 2020, respecto de las excepciones de *prescripción e innominada*.

13. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Criticó el último pronunciamiento realizado al respecto por el Consejo de Estado, del cual dice que fue contrario a la pauta jurisprudencial reiterada durante años por esa misma Corporación en apego estricto de lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968 en concordancia con el 102 DR 1848 de 1969, el cual dice que la prescripción se cuenta a partir de exigir el derecho, es decir, dicho esto y aplicado al caso en concreto, la reclamación administrativa inició el 12 de junio de 2017, dentro de los tres años siguientes a la declaración vía jurisprudencial del derecho, por lo que no cabe declarar prescripción alguna. Agregó que la nueva tendencia que recoge lo dispuesto por la sentencia de la Sala de Conjuces del Consejo de Estado, aditada el 2 de septiembre de 2019 contraviene el criterio de la Corte Constitucional, expresado en sentencia C-131 de 2004, en cuanto al principio de confianza legítima se refiere; *“...que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario...”*. Concluye diciendo que el periodo liquidado ya se encuentra definido y debe aplicársele el 100% del salario, más el 30% adicional, como prima especial de servicios, valor que debe indexarse a la fecha del pago.

15. ALEGACIONES FINALES

Solo la parte demandante aprovechó esta oportunidad, recordó que la prima especial de servicios es un asunto de pleno derecho, cuyo marco jurídico es la Ley 4ª de 1992 y tiene un antecedente jurisprudencial desde el año 2002, el cual anuló la expresión *sin carácter salarial*, y en adelante cantidad de pronunciamientos defienden la tesis, de que se trata de un PLUS adicional al

salario básico. No fue sino hasta la sentencia del 29 de abril de 2014 que se anularon los decretos presidenciales generados desde 1993 que se tomo en serio el tema de la prescripción, la cual cuenta a partir de la ejecutoria de esta sentencia (22 de julio de 2014), lo que, aplicado al caso en concreto, el periodo reclamado no fue afectado por este fenómeno, en tanto, la fecha de inicio de la reclamación administrativa, esta dentro de los tiempos contemplados por la sentencia aludida. Reitero, que la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el 2 de septiembre de 2019, contraria el principio de confianza legítima, definido en la sentencia C-131 de 2004 de la Corte Constitucional. Solicitó acceder a todas las pretensiones de la demanda.

16. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 4 de julio de 2019 que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuez por sorteo de conjuces realizado el pasado 15 de noviembre de 2019 (01Cuaderno1).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala repasa las actuaciones hasta este momento superadas y no encuentra circunstancias que puedan viciar o anular las actuaciones hasta ahora surtidas.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

a). *¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?*

b). *¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?*

c). *¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?*

d. Cuestión primaria

d.1. Excepciones.

La parte demandada presentó los medios exceptivos de prescripción e innominada, de la primera, solo se mencionará brevemente, toda vez que hace parte del problema jurídico a resolver y tiene destinado todo un acápite para resolverla, por lo demás, solo se dirá que se declarará probada parcialmente, respecto de los periodos anteriores al *12 de junio de 2014*, en estricto apego a la tesis propuesta por la Sentencia que el 2 de septiembre de 2019, unificó este tema. Frente a la excepción *innominada*, la Sala no encuentra otra excepción que considere se configure y sea necesaria su declaración.

e. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjuces-Tribunal Administrativo de Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado*, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

f. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

c) Los miembros del Congreso Nacional, y

d) Los miembros de la Fuerza Pública”.

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, **quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales**, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente²:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos³, se señaló al respecto:

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

³ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁴, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir la demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su

⁴ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁵ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁶

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “*sin carácter salarial*”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁷, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

⁵ **Artículo 1º.** Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁶ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁸.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios **SOLO tiene carácter salarial**, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación

8 Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993. Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

*A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.*

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁹.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»¹⁰.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹¹ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la

⁹Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

¹⁰ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS PARA JUECES DE LA REPUBLICA

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrojadas al proceso, no quedan dudas que la señora **MARIA OLGA VALLEJO MURILLO** laboró al servicio de la Nación- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, en el cargo de Juez de la República por el periodo comprendido entre el **1 de diciembre de 2011 y el 10 de julio de 2017**; y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de la prima especial de servicios¹², por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, por los periodos no prescritos.

De igual manera, del análisis de las pruebas allegadas con la demanda, se hizo evidente que la liquidación de las prestaciones sociales a las que tiene derecho, se hizo tomando el 70% de su salario básico, por considerar que el 30% restante se trataba de la prima especial de servicios, por lo que la demandada debe corregir este error.

¹²Constancia laboral n° 1268 de 17 de agosto de 2017 (01Cuaderno1).

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL
-Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales *se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia* que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹³. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁴ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo

¹³ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁴ Cita de cita: Ibidem

referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la**

que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁵. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁶: “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁷. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

¹⁵ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁷ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con él solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁸

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁹, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal

¹⁸ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

¹⁹ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969²⁰. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.
- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²¹.

²⁰ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

²¹ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos *ex tunc*, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²². Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.
- **De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.
- **De la tesis estricta:** esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado."

²² *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²³: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. María Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

²³ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con los Decretos 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **12 de junio de 2017**, teniendo protegidos hasta el **12 de junio de 2014**, lo que significa que todos los periodos anteriores a esta fecha, prescribieron.

LA PRESCRIPCIÓN FRENTE LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

Como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la

imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²⁴

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante todo el periodo reclamado desde *el 1 de diciembre de 2011 y hasta el 10 de julio de 2017*.

17. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, los gastos procesales estuvieron a cargo de la parte demandante y este no aportó prueba al menos sumaria de ellos, por lo que no hay lugar a ordenar una condena frente a ellos.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

²⁴ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)...”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁵, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

²⁵ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o 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...».

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

18. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

17.1. Asunto.

Obra prueba dentro del expediente que, la **Dra. MARIA OLGA VALLEJO MURILLO** laboró al servicio de la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** desempeñando el cargo de **JUEZ DE LA REPUBLICA** por el periodo comprendido entre el **1 de diciembre de 2011 y hasta el 10 de julio de 2017**.

17.2. Conclusiones.

1. Se declara **PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, propuesta por la parte demandada y frente a los periodos anteriores al **12 de junio de 2014** y **NO PROBADA** la excepción innominada, en consecuencia, se declarará la nulidad de la **resolución DESAJMAR17-586 de 15 de junio de 2017** y del **acto administrativo ficto presunto negativo**.
2. La **Dra. MARIA OLGA VALLEJO MURILLO** tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del sueldo básico, sumado a este y no deducido como se hizo, lo que provocó que le pagaran el 70% de su salario y sobre este porcentaje, se liquidaran las prestaciones sociales a las cuales tuvo derecho, y no respecto del 100% como debió hacerse; en consecuencia, se ordenará el pago de la prima especial de servicios por el periodo comprendido entre el **12 de junio de 2014 y el 10 de julio de 2017**.

De igual manera, debe la Demandada reliquidar las prestaciones sociales a las que tuvo derecho el demandante, sobre el 100% del salario básico y pagarle las diferencias adeudadas, por el periodo comprendido desde el **12 de junio de 2014 y el 10 de julio de 2017**.

3. Que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **SOLO** constituye factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y, en consecuencia; se ordenará a la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** reliquidar los aportes a pensión por todo el periodo en el cual se desempeñó como **JUEZ DE LA REPUBLICA -1 de diciembre de 2011 y hasta el 10 de julio de 2017-**, y consignar las diferencias al fondo elegido por el demandante.
4. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.
5. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:
$$R: \frac{\text{Rh} \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$
6. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.
7. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
8. Las sumas de las que se ordena su pago, deberá reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA.

19. FALLA

PRIMERO: **ACOGER** de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado* y, en consecuencia;

SEGUNDO: Se declara **PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, propuesta por la parte demandada y frente a los periodos anteriores al *12 de junio de 2014* y **NO PROBADA** la excepción innominada, en consecuencia, se declarará la nulidad de la *resolución DESAJMAR17-586 de 15 de junio de 2017* y del *acto administrativo ficto presunto negativo*.

TERCERO: CONDENAR a la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, y en consecuencia ordenarle el reconocimiento y pago a favor de la demandante del valor no pagado, por concepto de prima especial de servicios equivalente al 30% del total del sueldo básico, devengado por ella, por el periodo no prescrito **-12 de junio de 2014 y el 10 de julio de 2017-**, siempre que por dicho periodo se cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en concordancia con la Sentencia de Unificación **-SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado**.

CUARTO: DECLARAR que la prima especial de servicios que se reclama, **SOLO** constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a la **pensión de jubilación** y, en consecuencia; se **NIEGA** las pretensiones, que reclamaban su reconocimiento y la reliquidación de las prestaciones sociales con inclusión de la prima como factor salarial, por los periodos reclamados.

QUINTO: ORDENAR a la demandada, realizar las siguientes reliquidaciones;

- a. **RELIQUIDAR** las prestaciones sociales que le fueron pagadas al demandante y a las cuales tiene derecho, teniendo en cuenta que la prima especial de servicios **NO constituye factor salarial**, tomando como base el 100% del salario base y no el 70% y pagar las diferencias adeudadas, por el periodo no prescrito **-12 de junio de 2014 y el 10 de julio de 2017-**.
- b. **RELIQUIDAR** los aportes a pensión, tomando como base el 100% del salario básico y teniendo en cuenta que, para este caso, la prima especial de servicios **SI constituye factor salarial** y consignar al fondo de pensiones, las diferencias adeudadas por todo el periodo reclamado **- 1 de diciembre de 2011 y hasta el 10 de julio de 2017-**.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 187, 189 y 192 del CPACA.

OCTAVO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

17001233300020180036300

Nulidad y restablecimiento del derecho.

María Olga Vallejo Murillo Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

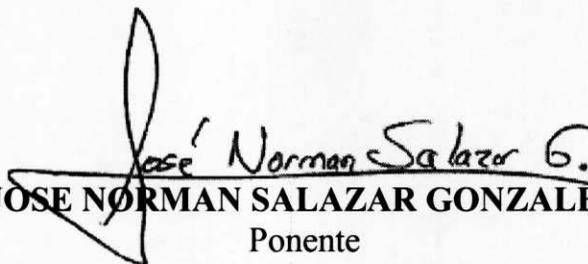
Sentencia n° 151

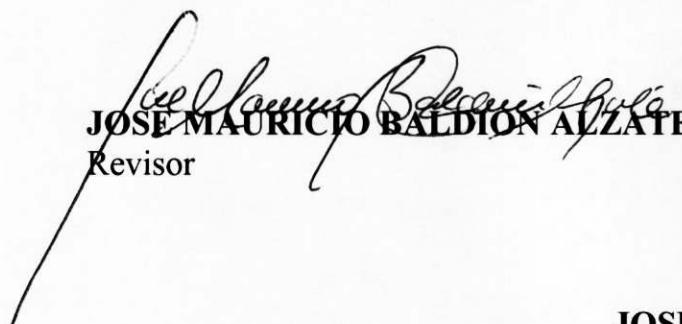
NOVENO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

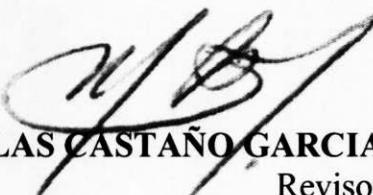
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 25 de septiembre de 2023.

Los Conjuces;


JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Ponente


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor