

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Ejecutivo
Radicación	17 001 33 33 00 2015 00576 00
Demandante	Olga Lucía González Aguilar
Demandado	La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Providencia	Sentencia No. 180

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

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

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

“1. Se libre Mandamiento Ejecutivo de Pago en contra de LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL 1 FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por la suma de UN MILLON DE TRESCIENTOS SIETE MIL NOVENTA Y UN PESOS M/CTE (\$1.307.091) y en favor de la señora OLGA LUCIA GONZALEZ AGUILAR, correspondiente a los remanentes adeudados, dentro de la liquidación efectuada por la entidad, donde se pretendió dar cumplimiento al Fallo proferido por su H. Despacho.

2. Se solicita igualmente que sobre el saldo adeudado, se aplique como sanción el pago de intereses moratorios a la tasa máxima permitida, desde el 28/04/2018, fecha en que se realizó el pago parcial, hasta que se verifique el pago total de la deuda, liquidados a la tasa certificada por la Superintendencia Financiera.

3. Ordenar el Reconocimiento y Pago de Costas y Agencias en Derecho dentro del proceso de ejecución.

4. Sírvase Sr. Juez Reconocerme personería para actuar en los términos del poder conferido.”

2. Hechos.

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

- Que la demandante señora Olga Lucía González Aguilar, solicitó cesantías parciales ante la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 25 de

septiembre de 2013. Y que, éstas fueron reconocidas mediante Resolución N° 0278-6 del 17 de enero de 2014 y pagadas de manera extemporánea.

- Que mediante fallo proferido por este Tribunal, que quedó debidamente ejecutoriado el día 04 de agosto de 2016, se ordenó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el tardío pago de las cesantías a partir del 06 de enero de 2014, y hasta el 20 de Abril de 2015, inclusive; para lo cual, se tuvo como base el salario percibido por la demandante para los años 2014 y 2015.
- Que la demandante solicitó el cumplimiento del fallo mencionado, el 04 de octubre de 2017; y que, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la entidad según las comunicaciones emitidas por la ejecutada, los fallos de sanción moratoria no tienen acto administrativo de cumplimiento, por lo que, se hace un trámite interno, se aprueba e incluye en nómina. En virtud de lo cual, la entidad pagó el fallo que reconoció la Sanción Moratoria por valor de \$49.451.961, desembolsados el día 27/04/2018.
- Que revisada la liquidación efectuada y pagada por la entidad, encontró la demandante una inconsistencia entre lo reconocido y lo pagado, respecto a lo realmente adeudado, de conformidad con lo ordenado en el fallo proferido, estando mal liquidados los intereses al DTF y los moratorios, afirmando que se le adeuda la suma de \$1.307.091.

3. Mandamiento de Pago. (Documento 5 del expediente digital)

Mediante providencia de 8 de febrero de 2022 se libró mandamiento ejecutivo en favor de la demandante por concepto de intereses en la suma de doscientos cuarenta y seis mil ciento ochenta y cuatro pesos (\$246.184).

4. Contestación demanda Ministerio de Educación Nacional (Documento 13 del expediente digital)

El demandado Ministerio de Educación Nacional contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y manifestando que, las obligaciones impuestas en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se cumplieron el 27 de abril de 2018, al realizarse un pago por valor de \$49.451.961,00 por concepto de capital, intereses y costas, a través de Banco BBVA Colombia sucursal Manizales; considerando que no debe pagarse suma alguna por concepto de intereses y/o indexación toda vez que no se encuentran dineros que faltaren de reconocer.

Con relación a los intereses moratorios considera que, los intereses moratorios se deben calcular sobre la suma que la entidad accionada debió cancelar a la ejecutoria de la sentencia

bajo la tasa equivalente al DTF durante los diez (10) primeros meses y luego bajo la tasa del interés corrientes bancario; pero que, se debe tener en cuenta la fecha de radicación de la petición de pago, dado que si esta se radicó superados los tres (3) meses posteriores a la fecha de ejecutoria, los intereses moratorios cesan hasta la fecha de radicación. Y que, en este caso, la solicitud de cumplimiento de la sentencia se hizo con posterioridad a los 3 meses señalados por la norma.

Frente a la solicitud de condena en costas, expuso que, el Juez debe tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales, y, al no desvirtuarse la buena fe en este asunto, no hay lugar a dicha condena.

4.1. Excepciones frente al mandamiento de pago.

El demandado Ministerio de Educación Nacional propone las excepciones de pago de la obligación, compensación y prescripción.

Expone que, se dio cabal cumplimiento a los fallos proferidos, y efectuó el respectivo pago de la suma de dinero reconocida al ejecutante, dentro del proceso ordinario, ciñéndose rigurosamente a los parámetros establecidos por la autoridad judicial en el medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho, y ordenó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las pagando la suma total de \$49.451.961 por concepto de la sanción, costas e intereses.

Solicita que sea compensada cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada; y que, en caso de una eventual condena, se realice el estudio de la prescripción.

5. Oposición a las excepciones. (Documento 17 del cuaderno principal)

La parte demandante se pronuncia sobre las excepciones propuestas y considera que, la demandada realizó un pago parcial, al quedar sumas pendientes a favor de la demandante, e intereses sobre el valor de la deuda, por lo que no debe prosperar la excepción de pago.

Considera que no hay lugar a la compensación, por existir a la fecha saldos por pagar.

Y, con relación a la prescripción, expone que, el derecho se hizo exigible en este caso a partir del 4 de junio de 2017, por lo que, se deben contabilizar los 5 años para la prescripción a partir de esa fecha, es decir, hasta el 4 de junio de 2022; y la demanda se presentó el 14 de enero de 2022, por lo que no hay lugar a prescripción en este asunto.

6. Alegatos de Conclusión.

- Parte demandante (Documento 25 del expediente digital)

La parte demandante en su escrito de alegatos de conclusión reitera lo expuesto en la demanda y en el pronunciamiento de las excepciones.

- Parte demandada (Documento 27 del expediente digital)

La parte demandada solicita, que se tengan en cuenta los argumentos y pruebas de la contestación de la demanda, especialmente lo relacionado con el pago de lo adeudado, pues la entidad demandada -dando cumplimiento a la Resolución FCCNA01 - realizó el pago el 27 de abril de 2018 como ordena el artículo 442 del Código General del Proceso; y pide que se tenga en cuenta el pago acreditado en el curso de este asunto. Y, solicita que, en caso de no tener en cuenta los argumentos expuestos, se abstenga de condenar en costas a la demandada.

7. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto según constancia secretarial del 07 de septiembre de 2023 (Documento 028 del expediente digital).

II. Consideraciones de la Sala

2. Problemas jurídicos a resolver:

¿Determinar si en este caso, el demandado Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM – adeuda suma de dinero alguna a la demandante en cumplimiento de la obligación impuesta en sentencia proferida por este Tribunal el 4 de agosto de 2016?

3. Hechos acreditados.

Se aporta copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 4 de agosto de 2016 mediante la cual se resolvió entre otros:

“(…) SEGUNDO: SE DECLARA la nulidad de la Resolución n°. 6767-6 del 14 de julio de 2015, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, mediante la cual se negó la solicitud de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de cesantías a la docente Olga Lucía González Aguilar.

TERCERO: SE CONDENA a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague, de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido

entre el 6 de enero de 2014 y el 20 de abril de 2015 "inclusive", en favor de la demandante OLGA LUCÍA GONZÁLEZ AGUILAR. La sanción será liquidada por la demandada, Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, con fundamento en el salario devengado por la demandante en los años 2014 y 2015.

CUARTO: SE NIEGA la pretensión relacionada con el pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria."

La sentencia en mención, tiene sello de este Tribunal, de ejecutoria del 4 de agosto de 2016.

Se encuentra la solicitud de cumplimiento del fallo enviada por la demandante a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación Departamental de Caldas, con sello de recibido 04 de octubre de 2017.

Copia de oficio de la Fiduprevisora S.A., a la apoderada judicial de la demandante del cual se extrae:

"(...) Una vez consultado el aplicativo oficial del Fondo, se evidencia que el reconocimiento de la sanción por mora con ocasión al pago tardío de cesantías, fue incluido en nómina el día 27 de abril de 2018 por un valor de \$49451961, encontrándose que el pago obedeció con ocasión a:

FALLO CONTENCIOSO

A su solicitud de entrega de copia del "desprendible de pago" de sanción moratoria del docente es menester precisar; los pagos por concepto de sanción por mora no se ven reflejados en dichos desprendibles, debido a que la suma consignada no corresponde una prestación.

A su solicitud de entrega de copia del desprendible de pago de sanción moratoria es menester precisar; que los pagos por concepto de sanción por mora se efectúan de manera masiva, por lo anterior, FIDUPREVISORA S.A. no cuenta con el desprendible solicitado, dicho documento es suministrado por la entidad bancaria donde se efectuó el giro relacionado anteriormente.

En caso de requerir mayor información sobre la fecha y valor exacto del pago, le sugerimos contactar a su poderdante.

En los anteriores términos damos respuesta de fondo a su petición, aclarando que esta comunicación no tiene el carácter de acto administrativo por cuanto FIDUPREVISORA S.A., en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG no tiene competencia para expedirlo, dado que es una entidad financiera que se rige por la normatividad del derecho privado."

Copia de certificado de la Dirección de Prestaciones Económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales (Documento 29 del expediente digital) que dice:

"De conformidad con la información que reposa en los aplicativos oficiales de la entidad nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de SANCION POR MORA reconocida por la Secretaria de Educación de BOLIVAR, al docente GUTIERREZ MATOS ELIGIO RAFAEL identificado con CC No.

73555986, con fecha 27 de Octubre de 2015, quedando a disposición a partir del 21 de Julio de 2022 por valor de \$471,543 , a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal BBVA CENTRO DE SERVICIOS CARTAGENA .

La presente certificación se expide por solicitud del interesado y no tiene carácter de Acto Administrativo, la emite Fiduprevisora, actuando en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del Contrato de Fiducia”.

Copia de la hoja de revisión “hoja de revisión” (Documento29 del expediente digital) donde consta:

“(…) Gonzáles Aguilar Olga

Fecha de radicación 2021 – 06 – 05

Fecha de recibo 2022 – 07 – 14

Fecha de estudio 2022 – 07 – 15

Valor liquidado: \$246.184

Beneficiario del pago Olga González

Observaciones:

*“PROCESO EJECUTIVO PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS EL 08/02/2022 PROCESO NO, 17-001-23-33-000-2015-00576-00
DOCENTE: OLGA LUCIA GONZALEZ AGUILAR CC 24756262*

MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NO, 278 DE 17/01/2014 SE RECONOCIERON CESANTIAS PARCIALES PARA COMPRA A FAVOR DEL DOCENTE DE REFERENCIA POR VALOR DE \$ 61,280,259. DICHO PAGO FUE REALIZADO EL 26/06/2014. NO SE EVIDENCIA REINTEGRO.

POSTERIORMENTE, POR MEDIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO NO, FCCNA01 DE 11/04/2018 SE DIO CUMPLIMIENTO A FALLO JUDICIAL DE SXM, RECONOCIENDO UN PAGO POR VALOR DE \$ 49,451,961 CORRESPONDIENTE A LOS PERIODOS ENTRE EL 06/01/2014 A 20/04/2015. DICHO PAGO FUE REALIZADO EL 27/04/2018, NO SE EVIDENCIA REINTREGRO.

PESE A LO ANTERIOR, EL 08/02/2022 EL DESPACHÓ DE REFERENCIA LIBRÓ MANDAMIENTO DE PAGO A FAVOR DE LA DOCENTE POR VALOR DE \$ 246,184 LOS CUALES CORRESPONDEN A LOS INTERESES MORATORIOS NO CANCELADOS.

*ASI LAS COSAS, Y A FIN DE DAR CUMPLIMIENTO AL PROCESO DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO OBJETO DEL PROCESO EJECUTIVO, SE REALIZARÁ LA CORRESPONDIENTE LIQUIDACION TENIENDO EN CUENTA LO INFORMADO EN EL MANDAMIENTO EJECUTIVO.
VALOR A PAGAR \$ 246.184”*

Copia de la certificación de la Dirección de Prestaciones Económicas del Fondo del Magisterio (Documento 22 del expediente digital) del cual se extrae:

De conformidad con la información que reposa en los aplicativos oficiales de la entidad nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizo pago por concepto de SANCIÓN POR MORA a la docente GONZALEZ AGUILAR OLGA LUCIA identificada con CC No. 24756262, por el pago tardío de la CESANTIA PARCIAL por la Secretaría de Educación de CALDAS, mediante resolución 278 de fecha 17 de enero de 2014, quedando a disposición a partir del 18 de julio de 2022 por valor de \$ 246,184 , a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal MANIZALES .

Sin embargo, dado que no se realizó el cobro de dichos dineros por parte del Educador, y teniendo en cuenta que el reconocimiento se realizó vía judicial, el pago fue puesto a

disposición a partir del día 07 de diciembre de 2022 en la cuenta de depósito judicial 170011001102 perteneciente al Juzgado de conocimiento DES 002 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CALDAS proceso No. 17001233300020100000000.

La presente certificación se expide por solicitud del interesado y no tiene carácter de Acto Administrativo, la emite Fiduprevisora, actuando en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del Contrato de Fiducia.

Constancia de ingreso de depósitos judiciales (Documento 26 del expediente digital) en la cual, la secretaria de este Tribunal informa que, dentro del proceso de la referencia se consignó título judicial número 418030001384605 por la suma de \$246.184, realizada el 7 de diciembre de 2022, en la cuenta de depósitos judiciales número 170011001102 correspondiente al Despacho 02 del Tribunal Administrativo de Caldas.

4. De la obligación de pago.

La solicitud de la demandante consiste en que la parte demandada pague a su favor la suma de \$1.307.091, la funda en que, mediante sentencia del 4 de agosto de 2016 de este Tribunal, se ordenó el reconocimiento y pago de la sanción mora por el pago tardío de las cesantías a partir del 6 de enero de 2014 y hasta el 20 de abril de 2015, inclusive; y que, la demandada, dio cumplimiento al fallo de manera parcial.

Mediante auto número 022 de 8 de febrero de 2022 otrora titular del Despacho resolvió librar mandamiento de pago en favor de la señora Olga Lucía Aguilar por la suma de \$246.184, luego de hacer una liquidación con fundamento en lo siguiente:

“(…) Ahora bien, considerando que la sentencia quedó ejecutoriada el 4 de agosto de 2016 y que la petición de cumplimiento de la sentencia se presentó el día 4 de octubre de 2017, se deben calcular intereses moratorios desde el 5 de agosto de 2016 al 5 de noviembre de 2016, y desde el 4 de octubre de 2017 al 27 de abril de 2018, fecha de pago, según afirma la apoderada en la demanda, pero siempre a la tasa comercial. La razón es que la tasa del DTF se aplica siempre y cuando la entidad haya pagado dentro de los 10 meses siguientes a la ejecutoria, de lo contrario, se aplica la tasa comercial durante todo el periodo de mora. Entonces realizada la liquidación a la tasa comercial y aplicado el pago efectuado, a intereses a la fecha del mismo, y el resto a capital, se tiene que a la fecha la liquidación es así: (...) total deuda: \$246.184.35 (...)”

Contra la providencia en mención, la parte demandante interpuso recurso de apelación y, en subsidio apelación como consta en el documento 08 del expediente digital; recurso cuyo argumento central fue que se adeudaba a la demandante la suma de \$1.307.091 por intereses moratorios al DTF y corrientes; en virtud de la sentencia proferida por este Tribunal, refutando el mandamiento por la suma de \$246.184, solicitando revocar la suma del mandamiento y en su lugar, corregir la liquidación efectuada por la suma de \$1.307.091.

En auto 91 de 22 de marzo de 2022 se rechazó por improcedente el recurso de apelación y,

se decidió, no reponer el auto del 8 de febrero de 2022, mediante el cual se libró mandamiento de pago, argumentando que, no clara esta disposición en cuanto prevé que si bien aplica la tasa al DTF para el cálculo de los intereses, si la entidad no ha efectuado el pago en el término de los primeros diez meses, se causará interés a la tasa moratoria, pues el sentir de la norma, se refiere a que pese al tipo de interés que reconoce, esta cambia cuando no se pagó en el plazo ya mencionado.

Se advierte que el ejecutado, no presentó el recurso de queja, contra el auto que rechazó por improcedente el recurso de apelación contra el auto que libró mandamiento de pago, no se interpuso el recurso de queja contemplado en el artículo 245 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que contempla:

“Artículo 245. Queja. <Artículo modificado por el artículo 65 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Este recurso se interpondrá ante el superior cuando no se conceda, se rechace o se declare desierta la apelación, para que esta se conceda, de ser procedente.

Asimismo, cuando el recurso de apelación se conceda en un efecto diferente al señalado en la ley y cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia previstos en este código.

Para su trámite e interposición se aplicará lo establecido en el artículo 353 del Código General del Proceso.”

Por lo expuesto, el auto que libró el mandamiento de pago por la suma de \$246.184 quedó debidamente ejecutoriado.

El 7 de diciembre de 2022, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio hizo el depósito judicial a la cuenta del despacho 02 del Tribunal Administrativo de Caldas dentro del proceso de la referencia por la suma de \$246.184.

Por su parte, los artículos 430 y 431 del Código General del Proceso deprecian:

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

Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.

Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.

Vencido el plazo previsto en el inciso anterior, la demanda podrá formularse en proceso

separado.

De presentarse en tiempo la demanda declarativa, en el nuevo proceso seguirá teniendo vigencia la interrupción de la prescripción y la inoperancia de la caducidad generados en el proceso ejecutivo.

El trámite de la demanda declarativa no impedirá formular y tramitar el incidente de liquidación de perjuicios en contra del demandante, si a ello hubiere lugar.”

“Artículo 431. Pago de sumas de dinero. Si la obligación versa sobre una cantidad líquida de dinero, se ordenará su pago en el término de cinco (5) días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda. Cuando se trate de obligaciones pactadas en moneda extranjera, cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el juez dictará el mandamiento ejecutivo en la divisa acordada.

Cuando se trate de alimentos u otra prestación periódica, la orden de pago comprenderá además de las sumas vencidas, las que en lo sucesivo se causen y dispondrá que estas se paguen dentro de los cinco (5) días siguientes al respectivo vencimiento.

Cuando se haya estipulado cláusula aceleratoria, el acreedor deberá precisar en su demanda desde qué fecha hace uso de ella.” (Subraya la Sala).

Ahora, el auto que libró mandamiento de pago, se notificó mediante estado electrónico del 23 de marzo de 2022, por lo que, quedó debidamente ejecutoriado el 29 de marzo del mismo año.

No obstante lo anterior, la parte demandada hace el pago por la suma de los \$246.184 librados por el Despacho, el 7 de diciembre de 2022, esto es, 9 meses después de su ejecutoria; por lo que, nuevamente se generó un interés y capital de la siguiente manera, por cuanto la suma consignada, se abona directamente al pago de intereses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1653 del Código Civil, que dispone que: “Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital. Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados.”

Año	Mes	Días	Pago	Capital	Interés Corriente	Interés Nominal Mensual	Interés Mensual	Interés Acumulado
2016	Agosto	27		42.602.507,00	21,34	1,625%	623.041,38	623.041,38
2016	Septiembre	30		42.602.507,00	21,34	1,625%	692.268,20	1.315.309,59
2016	Octubre	30		42.602.507,00	21,99	1,670%	711.547,88	2.026.857,46
2016	Noviembre	3		42.602.507,00	21,99	1,670%	71.154,79	2.098.012,25
2016	Diciembre	30		42.602.507,00	21,99	1,670%		2.098.012,25
2017	Enero	30		42.602.507,00	22,34	1,694%		2.098.012,25
2017	Febrero	30		42.602.507,00	22,34	1,694%		2.098.012,25
2017	Marzo	30		42.602.507,00	22,34	1,694%		2.098.012,25
2017	Abril	30		42.602.507,00	22,33	1,694%		2.098.012,25
2017	Mayo	30		42.602.507,00	22,33	1,694%		2.098.012,25
2017	Junio	30		42.602.507,00	22,33	1,694%		2.098.012,25
2017	Julio	30		42.602.507,00	21,98	1,670%		2.098.012,25
2017	Agosto	30		42.602.507,00	21,98	1,670%		2.098.012,25
2017	Septiembre	30		42.602.507,00	21,48	1,635%		2.098.012,25
2017	Octubre	27		42.602.507,00	21,15	1,612%	617.953,25	2.715.965,50
2017	Noviembre	30		42.602.507,00	20,96	1,598%	680.953,11	3.396.918,62
2017	Diciembre	30		42.602.507,00	20,77	1,585%	675.283,34	4.072.201,96

2018	Enero	30		42.602.507,00	20,69	1,579%	672.893,63	4.745.095,59
2018	Febrero	30		42.602.507,00	21,01	1,602%	682.443,80	5.427.539,39
2018	Marzo	30		42.602.507,00	20,68	1,579%	672.594,81	6.100.134,20
2018	Abril	27		42.602.507,00	20,48	1,565%	599.952,33	6.700.086,53
PAGO			49.451.961,00					
2018	Abril	3		149.367,47	20,48	1,565%	233,72	233,72
2018	Mayo	30		149.367,47	20,44	1,562%	2.333,00	2.566,72
2018	Junio	30		149.367,47	20,28	1,551%	2.316,19	4.882,91
2018	Julio	30		149.367,47	20,03	1,533%	2.289,90	7.172,81
2018	Agosto	30		149.367,47	19,94	1,527%	2.280,42	9.453,22
2018	Septiembre	30		149.367,47	19,81	1,518%	2.266,71	11.719,94
2018	Octubre	30		149.367,47	19,63	1,505%	2.247,72	13.967,65
2018	Noviembre	30		149.367,47	19,49	1,495%	2.232,92	16.200,57
2018	Diciembre	30		149.367,47	19,4	1,489%	2.223,40	18.423,97
2019	Enero	30		149.367,47	19,16	1,472%	2.197,99	20.621,96
2019	Febrero	30		149.367,47	19,7	1,510%	2.255,11	22.877,07
2019	Marzo	30		149.367,47	19,37	1,486%	2.220,23	25.097,30
2019	Abril	30		149.367,47	19,32	1,483%	2.214,94	27.312,23
2019	Mayo	30		149.367,47	19,34	1,484%	2.217,05	29.529,28
2019	Junio	30		149.367,47	19,3	1,481%	2.212,82	31.742,10
2019	Julio	30		149.367,47	19,28	1,480%	2.210,70	33.952,80
2019	Agosto	30		149.367,47	19,32	1,483%	2.214,94	36.167,74
2019	Septiembre	30		149.367,47	19,32	1,483%	2.214,94	38.382,67
2019	Octubre	30		149.367,47	19,1	1,467%	2.191,63	40.574,30
2019	Noviembre	30		149.367,47	19,03	1,462%	2.184,20	42.758,50
2019	Diciembre	30		149.367,47	18,91	1,454%	2.171,46	44.929,96
2020	Enero	30		149.367,47	18,77	1,444%	2.156,59	47.086,55
2020	Febrero	30		149.367,47	19,06	1,464%	2.187,38	49.273,93
2020	Marzo	30		149.367,47	18,95	1,457%	2.175,71	51.449,64
2020	Abril	30		149.367,47	18,69	1,438%	2.148,08	53.597,72
2020	Mayo	30		149.367,47	18,19	1,402%	2.094,79	55.692,51
2020	Junio	30		149.367,47	18,12	1,397%	2.087,31	57.779,81
2020	Julio	30		149.367,47	18,12	1,397%	2.087,31	59.867,12
2020	Agosto	30		149.367,47	18,29	1,410%	2.105,46	61.972,58
2020	Septiembre	30		149.367,47	18,35	1,414%	2.111,86	64.084,44
2020	Octubre	30		149.367,47	18,09	1,395%	2.084,10	66.168,55
2020	Noviembre	30		149.367,47	17,84	1,377%	2.057,36	68.225,90
2020	Diciembre	30		149.367,47	17,46	1,350%	2.016,60	70.242,51
2021	Enero	30		149.367,47	17,32	1,340%	2.001,56	72.244,07
2021	Febrero	30		149.367,47	17,54	1,356%	2.025,19	74.269,26
2021	Marzo	30		149.367,47	17,41	1,347%	2.011,23	76.280,50
2021	Abril	30		149.367,47	17,31	1,339%	2.000,49	78.280,98
2021	Mayo	30		149.367,47	17,22	1,333%	1.990,80	80.271,79
2021	Junio	30		149.367,47	17,21	1,332%	1.989,73	82.261,51
2021	Julio	30		149.367,47	17,18	1,330%	1.986,50	84.248,01
2021	Agosto	30		149.367,47	17,24	1,334%	1.992,96	86.240,97
2021	Septiembre	30		149.367,47	17,19	1,331%	1.987,58	88.228,55
2021	Octubre	30		149.367,47	17,08	1,323%	1.975,73	90.204,28
2021	Noviembre	30		149.367,47	17,27	1,336%	1.996,18	92.200,46
2021	Diciembre	30		149.367,47	17,46	1,350%	2.016,60	94.217,07
2022	Enero	30		149.367,47	17,66	1,364%	2.038,07	96.255,14
2022	Febrero	8		149.367,47	18,3	1,410%	561,74	96.816,88
LIQUIDACIÓN MANDAMIENTO DE PAGO + CAPITAL + INTERESES A 28/02/2022 (\$ 149.367,47 + \$ 96.818,88 =								
246.184,35)								96.816,88
2022	Febrero	22		149.367,47	18,3	1,410%	1.544,79	98.361,66
2022	Marzo	30		149.367,47	18,47	1,422%	2.124,65	100.486,32
2022	Abril	30		149.367,47	19,05	1,464%	2.186,32	102.672,64
2022	Mayo	30		149.367,47	19,71	1,510%	2.256,16	104.928,80
2022	Junio	30		149.367,47	20,4	1,559%	2.328,80	107.257,60
2022	Julio	30		149.367,47	21,28	1,621%	2.420,89	109.678,49
2022	Agosto	30		149.367,47	22,21	1,685%	2.517,54	112.196,03
2022	Septiembre	30		149.367,47	23,5	1,774%	2.650,50	114.846,53
2022	Octubre	30		149.367,47	24,61	1,850%	2.763,90	117.610,43
2022	Noviembre	30		149.367,47	25,78	1,930%	2.882,42	120.492,85
2022	Diciembre	7		149.367,47	27,64	2,055%	716,05	121.208,90
PAGO			246.184,00					0,00
2022	Diciembre	23		24.392,37	27,64	2,055%	384,21	384,21
2023	Enero	30		24.392,37	28,84	2,134%	520,56	904,78
2023	Febrero	30		24.392,37	30,18	2,222%	542,05	1.446,83
2023	Marzo	30		24.392,37	30,84	2,265%	552,57	1.999,40
2023	Abril	30		24.392,37	31,39	2,301%	561,29	2.560,68
2023	Mayo	30		24.392,37	30,27	2,228%	543,49	3.104,17
2023	Junio	30		24.392,37	29,76	2,195%	535,34	3.639,51

2023	Julio	30		24.392,37	29,36	2,168%	528,93	4.168,44
2023	Agosto	30		24.392,37	28,75	2,128%	519,11	4.687,56
2023	Septiembre	30		24.392,37	28,03	2,080%	507,48	5.195,03
2023	Octubre	6		24.392,37	26,53	1,980%	96,61	5.291,64

Por lo expuesto, a la fecha del pago en mención, continúa el capital de \$24.392,37 y unos intereses a la fecha de esta sentencia a 6 de octubre de 2023 de \$5.291.64.

TOTAL DEUDA	
CAPITAL	24.392,37
INTERESES	5.291,64
TOTAL	29.684

Por lo considerado, para esta Sala, se efectuó un pago parcial de la obligación, restando la suma de \$29.684 como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia, por lo que se declarará parcialmente probada la excepción de *“Pago de la obligación”*, y ordenará continuar la ejecución respecto de la obligación de la suma en mención.

4.1. De la excepción de pago.

Por lo considerado, y toda vez que la excepción de pago la funda el demandado en que se dio cabal cumplimiento a los fallos proferidos, y efectuó el respectivo pago de la suma de dinero reconocida al ejecutante, dentro del proceso ordinario; no obstante, desde el auto que libró mandamiento de pago, el cual no fue recurrido por su parte, quedó sentado que, sí había suma de dinero que adeudaba el demandado la demandante por concepto de la sentencia proferida. Y, como se dijo en el numeral anterior, mediante auto de 8 de febrero de 2022, el cual quedó debidamente ejecutoriado se resolvió que la suma que adeudaba la parte ejecutada era de \$246.184, los cuales fueron consignados el 7 de diciembre de 2022 mediante depósito judicial.

De conformidad con lo expuesto, se considera que, la demandada sí adeudaba a la demandante suma de dinero con ocasión a la sentencia proferida por este Tribunal; y, con el pago realizado el 7 de diciembre de 2022, se considera que hubo pago parcial de la obligación, por lo que, dicha excepción prospera parcialmente, como se dijo en precedencia.

4.2. De la Compensación.

La parte ejecutada solicita la compensación de cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada.

Por su parte los artículos 1715 y 1716 del Código Civil disponen:

“Artículo 1715. Operancia de la compensación. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen

recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”

“Artículo 1716. Requisito de la compensación. Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.

Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se los hayan cedido.” (Subraya la Sala).

De conformidad con lo anterior, en este caso no se advierte que haya dos partes deudoras recíprocamente; de manera que no hay lugar a compensar ninguna suma de dinero; y, la suma depositada por la parte demandada el 7 de diciembre de 2022, se entiende como pago de la deuda a la demandante, de la cual aún faltaría por pagar la suma de \$29.452,08 por lo que no prospera esta excepción.

4.3. De la Prescripción.

El artículo 422 del Código General del Proceso dispone:

“Artículo 422. Título ejecutivo. *Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia y los demás documentos que señale la ley.”*

Por su parte, el artículo 297 del CPACA precisa que constituyen título ejecutivo, entre otros, *“1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias”.*

Por lo expuesto, es necesario acudir a la prescripción contemplada en el artículo 442 del CGP en mención, que hace referencia a la prescripción de la acción ejecutiva, fenómeno que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa se maneja bajo el concepto de caducidad.

Se tiene entonces que, la sentencia traída como título adquirió su ejecutoria el 4 de agosto de 2016, por lo cual de conformidad con el literal k) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, la ejecutante tenía 5 años, contados desde la exigibilidad de dicho título para interponer la demanda ejecutiva; demanda que, en este caso, se presentó el 14 de enero de 2022.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la ejecutada contaba con un periodo de 10 meses para proceder al pago de la sentencia proferida por este Tribunal, lapso dentro del cual la parte ejecutante no podía iniciar acciones ejecutivas contra aquella, siendo esto posible solo una vez agotado el referido lapso que otorga el artículo 192 del CPACA; de manera que, no se declarará probada esta excepción propuesta por la ejecutada.

5. De la condena en costas.

El numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso consagra: *“en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

Por lo anterior, en vista de que, en el presente asunto, prosperó parcialmente la demandada, se abstiene en este caso la Sala en condenar en costas.

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

Falla

Primero: Se declaran no probadas las excepciones de *“compensación”* y *“prescripción”* formuladas por la entidad ejecutada, dentro del medio de control ejecutivo presentado por la señora **Olga Lucía González Aguilar** contra **La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, con ocasión de la sentencia proferida por este Tribunal Administrativo el 4 de agosto de 2016.

Segundo: Declarar parcialmente probada la excepción de *“pago de la obligación”* propuesta por la entidad, dentro del asunto de la referencia.

Tercero: Seguir adelante con la ejecución en los términos señalados, por la suma de \$29.684 por lo que,

Se ordena a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que en lapso de 15 días profiera el acto administrativo mediante el cual se dé cumplimiento lo señalado en la presente providencia.

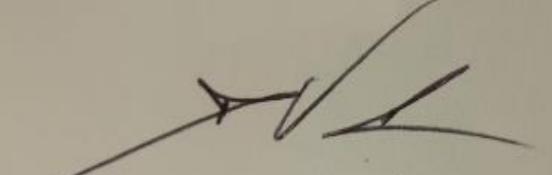
Cuarto: Sin costas en esta instancia.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Reparación Directa
Radicación:	17 001 33 33 003 2016 00183 00
Demandante:	Víctor Manuel Amaya y otros
Demandado:	La Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación –
Providencia:	Sentencia No. 179

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones de la demanda, proferido por el Juzgado Quinto del Circuito de Manizales el 30 de agosto de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

La parte accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA. Que se declare administrativa, solidaria y patrimonialmente responsables a LA NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA NACIÓN RAMA JUDICIAL, por todos los daños y perjuicios ocasionados a JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, MANUELA RICO AMAYA, MARIA PAULA RICO AMAYA, JOHN ODURBEY RICO RIOS, EDILIA DE JESÚS GIRALDO GIRALDO, VICTOR MANUEL AMAYA ARIAS Y DIANA CAROLINA GIRALDO GIRALDO, con ocasión de la detención preventiva injusta y la medida de aseguramiento (privación injusta de la libertad) de JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO por espacio de trescientos tres días (303) días en detención domiciliaria en su residencia ubicada en la Calle 20 Nro. 4-07 Barrio San José de Anserma - Caldas, ocurrido entre el día 8 de abril de 2013 y el día 4 de febrero de 2014, dentro del marco de los hechos y circunstancias aquí narradas.

SEGUNDA. Que, en virtud de tal declaración, se condene a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA NACIÓN RAMA JUDICIAL a pagar a los demandantes JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, MANUELA RICO AMAYA, MARÍA PAULA RICO AMAYA, JOHN ODURBEY RICO RIOS, EDILIA DE JESÚS GIRALDO GIRALDO, VICTOR MANUEL AMAYA ARIAS Y DIANA CAROLINA GIRALDO GIRALDO, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios a ellos ocasionados, los cuales se establecen de la siguiente manera:

A) PERJUICIOS MATERIALES

DAÑO EMERGENTE

Para el demandante VICTOR MANUEL AMAYA ARIAS, consistente en las sumas pagadas por concepto de honorarios profesionales a la apoderada judicial que asumió la defensa de JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO en la actuación penal, equivalentes a Cuatro Millones de Pesos (\$4.000.000) según certificado aportado por la abogada PAULA ANDREA RINCÓN BEDOYA, a la cual se le aplicará la fórmula actuarial de matemática financiera utilizada para el efecto como sigue

Como quiera que los honorarios de abogado pagados por VICTOR MANUEL AMAYA ARIAS en su condición de padre de JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO ascienden a la suma de Cuatro Millones de Pesos (\$4.000.000.), se requiere actualizar esa suma a valor presente para lo cual se debe dar aplicación a la fórmula que se presenta a continuación, tomando como índice inicial el correspondiente a abril de 2013, y como índice final, el vigente a la fecha de sentencia.

(...)

El valor total de daño emergente a favor de VICTOR MANUEL AMAYA RÍOS equivale a la fecha de presentación de la demanda la suma de cuatro millones seiscientos veintitrés mil seiscientos cincuenta y cinco pesos (\$4.626.655)

LUCRO CESANTE

Para la demandante JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, liquidándose el lucro cesante con un ingreso base de liquidación equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, no sólo por el período consolidado comprendido entre el día 8 de abril de 2013 y el día febrero 4 de 2014, es decir, los trescientos tres días (303) días que fue el período de tiempo que estuvo privada de la libertad en detención domiciliaria, sino también el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral.

(...)

Por lo tanto, si bien JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO estuvo privada de la libertad entre el día 8 de abril de 2013 y el día febrero 4 de 2014, es decir, por trescientos tres (303) días que equivalen a 43,28 semanas o a 10,1 meses, lo cierto es que según los parámetros jurisprudenciales a este período es necesario sumarle el tiempo en que, según los datos oficiales, una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su detención domiciliaria, para un total de 78,28 semanas equivalentes a 18,85 meses.

Como quiera que el salario de JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO se calcula en Quinientos Ochenta y Nueve Mil Quinientos Pesos (\$589.500) equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos en el año 2013, en su calidad de trabajadora en oficios varios, se requiere actualizar esa suma a valor presente para lo cual se debe dar aplicación a la fórmula que se presenta a continuación, tomando como índice inicial el correspondiente a abril de 2013, y como índice final, el vigente a la fecha de sentencia.

(...)

Se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma, previo incremento del 25% por concepto del correspondiente factor prestacional, lo que determina un ingreso base de liquidación de \$852.316.

(...)

Este valor equivale a la fecha de presentación de la demanda a la suma de Dieciséis Millones Setecientos Ochenta y Tres Mil Cuatrocientos Ochenta y Nueve Pesos (\$16.783.489)

B) PERJUICIOS INMATERIALES

DAÑO MORAL

El equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes integrantes o a quien sus derechos representaren, los cuales se reconocerán de la siguiente manera:

JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO (Perjudicada directa) 80 smlmv
MANUELA RICO AMAYA (Hija) 80 smlmv
MARIA PAULA RICO AMAYA (Hija) 80 smlmv
JOHN ODURBEY RICO RÍOS (Compañero permanente) 80 smlmv
EDILIA DE JESÚS GIRALDO GIRALDO (Madre) 80 smlmv
VICTOR MANUEL AMAYA ARIAS (Padre) 80 smlmv
DIANA CAROLINA GIRALDO GIRALDO (Prima Hermana) 20 smlmv

TERCERA. Que se ordene a las entidades demandadas que le den cumplimiento a la decisión que se profiera dentro de este asunto, en el término máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria, tal como lo dispone el artículo 192 del C.P.A.C.A.

CUARTA Que, en el evento de que no le den cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que se cancele a favor de la parte demandante los intereses moratorios desde la ejecutoria de la decisión, conforme lo ordena el artículo 195 ibidem.

QUINTA. Que las entidades demandadas reconozcan y paguen costas de conformidad con lo señalado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo fue capturada por miembros de la Policía Nacional en el municipio de Anserma – Caldas, el 6 de abril de 2013, por la conducta del punible de tráfico, fabricación o porte de sustancia estupefaciente.

- Que el 7 de abril de 2013, ante el Juzgado Promiscuo de Risaralda, Caldas, con función de control de garantías, la Fiscalía General de la Nación, requirió la realización de audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y, solicitud de medida de aseguramiento contra Jenni Alejandra Amaya Giraldo; y, el 15 de julio de 2013, la Fiscalía Segunda seccional de Anserma, presentó escrito de acusación contra la mentada señora, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

- Que el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, avocó conocimiento del proceso para el trámite de juzgamiento, y, en la audiencia de juicio oral, se anunció sentido del fallo absolutorio, ordenando su libertad inmediata; sin que, contra dicha sentencia se presentara recurso de apelación, quedando debidamente ejecutoriada el 27 de junio de 2014.

- Se afirma que la señora Jenni Alejandra Amaya, para la época de privación de la libertad, tenía como oficio el aseo de casas de familias y oficios varios, presumiendo de ello, que devengaba la suma de un salario mínimo mensual legal vigente.

Sostienen los demandantes que, la señora en mención resultó afectada en su derecho fundamental a la libertad, la cual se tornó injusta, al haberse proferido un fallo absolutorio a su favor.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Fiscalía General de la Nación. (Fls. 305 a 307 C. 1)

La Fiscalía General de la Nación contesta la demanda pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a las pretensiones, argumentando que, no le asiste responsabilidad en el presente asunto, por cuanto la acción penal seguida en contra de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo por la presunta comisión del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Sustancia Estupefaciente, se rigió por

lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, dispositivo legal que entró a regir en el Distrito Judicial de Caldas en el mes de enero del año 2005.

Refiere que, en cumplimiento del procedimiento establecido por la Ley Penal, se surtió audiencia preliminar dentro de la cual se solicitó por parte de la Fiscalía General de la Nación la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, medida que el Juez de Control de Garantías, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, halló procedente al encontrar reunidos los requisitos para su imposición; siguiendo los requisitos contemplados en el artículo 308 ibidem.

Afirma que, dentro de la investigación adelantada por las autoridades competentes se acopiaron elementos probatorios que conducían a establecer razonablemente que la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, podía ser autora de la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de Sustancia Estupefaciente, dados los señalamientos directos que pesaban en su contra, y que, la señora Amaya Giraldo se encontraba en el deber jurídico de soportar la carga de la privación de la libertad de la cual fue sujeto.

Sostiene que, pese a lo anterior, la ausencia de una prueba o la ausencia de controversia frente a una prueba, conduce indefectiblemente a que se establezca la necesidad de absolver a un sindicado dentro de un proceso penal, en aplicación del principio de in dubio pro reo; pero que ello, no puede conducir a la responsabilidad del Estado por detención injusta dentro de un proceso administrativo; pues el hecho de que se absuelva al procesado por duda, no implica que se haya juzgado a un inocente.

Refiere que, en virtud que la Fiscalía no logró sostener la acusación probando más allá de toda duda la existencia del delito y la responsabilidad penal de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo en la comisión de los delitos del investigado Tráfico, Fabricación o Porte de Sustancia Estupefaciente, era inexorable para el Juez de Conocimiento proferir en aplicación del principio del In Dubio Pro Reo sentencia absolutoria a su favor, lo cual no significa que se configure una "*Privación injusta de la libertad*", puesto que la absolución tuvo por origen la falta de claridad sobre la responsabilidad de la implicada, con lo

cual queda aniquilada la posibilidad de atribuir como "injusta" la medida de detención preventiva adoptada en el caso.

Aduce que, la Fiscalía General de la Nación tuvo falencias en la investigación penal, lo cual se evidenció en la sentencia absolutoria, cuando el fallador reconoció que por parte de esa entidad que "*(...) no se adelantó a fondo la investigación, tendiente a determinar si la señora JENNI ALEJANDRA formaba parte de la red de traficantes de estupefacientes (...)*"; y que, no era jurídicamente viable para el Juez de Control de Garantías entrar a hacer juicios de responsabilidad penal del imputado, únicamente podía verificar que del caudal probatorio allegado a la audiencia de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, se pudiera inferir razonadamente la participación del imputado en calidad de autor o partícipe.

Finalmente, propone las excepciones denominadas "*Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado*", "*Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial de Manizales*", "*Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del Estado en cabeza de la Nación – Rama Judicial*".

3.2. Fiscalía General de la Nación (Fls. 316 a 329 C. 1A)

La demandada Fiscalía General de la Nación contesta la demanda objetando la cuantía de la misma, refiriendo que, no se acreditó que la demandante, para la fecha de privación de la libertad tuviera una vinculación laboral; y que, se encontraba bajo detención preventiva en su domicilio, sin que exista prueba que haya pedido permiso para trabajar, y que el permiso se le hubiere denegado.

Aduce que la actuación de la Fiscalía se surtió de conformidad con la Constitución Política y disposiciones vigentes para la época de los hechos; y que, la investigación en la cual se vio involucrada la demandante, señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, se originó de acuerdo con informes de investigador de campo del 6 y 9 de julio de 2012, solicitando a la Fiscalía autorizar el seguimiento de personas en el sector de la carrera 6ª del municipio de Anserma, Caldas, toda vez que se había detectado la venta de estupefacientes en ese sector, utilizando para ello menores de edad que actuaban como campaneros

que alertaban a los expendedores sobre la presencia de la policía. Y que, como resultado de dichas investigaciones, se obtuvieron las órdenes de captura de varias personas comprometidas en el ilícito y en un allanamiento a una de las residencias de la localidad el día 6 de abril de 2013, capturando en flagrancia a la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, con posesión de sustancias alucinógenas.

Relata que, el día 7 de abril de 2013, la Fiscalía Segunda Seccional de Anserma, Caldas, solicitó ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Anserma, Caldas, con Funciones de Control de Garantías la legalización de orden de allanamiento, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, encontrando dicho despacho judicial que la captura se encontraba conforme a derecho por haberse presentado en flagrancia, así mismo ajustada a derecho la imputación realizada por la Fiscalía e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio; y, posterior a ello, ante el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, Caldas, se realizaron las audiencias de acusación y preparatoria y finalmente el día 27 de junio de 2014 profiere sentencia absolutoria en favor de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo.

4. Sentencia de primera instancia. (Fls. 365 a 384 C.1A.)

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia 233 de 30 de agosto de 2019 resolvió:

“PRIMERO. Declárase probadas las excepciones de FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO; EXISTENCIA DE UNA EXCEPCIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN CABEZA DE LA NACIÓN-RAMA JUDICIAL”, invocadas por el apoderado de la RAMA JUDICIAL; así como las de INEXISTENCIA DE NEXO CAUSA y la de LA DETENCIÓN DE LA SEÑORA JENNY ALEJANDRA AMAYA GIRALDO NO PUEDE CALIFICARSE DE INJUSTA, propuesta por la apoderada de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Niéguese las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído

CUARTO: EJECUTORIADA la presente providencia, LIQUÍDENSE los gastos ordinarios del proceso, DEVUELVANSE los remanentes, si los hubiere, al interesado y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI"

El Juez de primera instancia se pronuncia frente a las excepciones de falta de legitimación por pasiva de las demandas, considerando que se despacharán desfavorablemente en este caso; y hace un estudio de las pruebas aportadas al proceso, y hace un análisis de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, y continúa con el análisis del daño antijurídico.

Considera que, el daño alegado por los demandantes es la privación de la libertad de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, de lo cual no hay duda de su existencia, al encontrarse acreditada la privación de su libertad del 07 de abril de 2013 al 04 de febrero de 2014; y que, el día 6 de abril de 2013 se practicaron diligencias simultáneas de captura, allanamientos y registros en varias viviendas ubicadas en la carrera 63 entre calles 7a y 8a del Municipio de Anserma (Caldas), entre ellas a la vivienda habitada por la señora Jenny Alejandra Amaya Giraldo y su compañero permanente Jhon Odurbey Rico Ríos, donde, no solo fueron detenidas varias personas de las que se tenía conocimiento que conformaban una banda que se dedicaba al tráfico de estupefacientes, sino que se detuvo en flagrancia a la señora Amaya Giraldo, por cuanto en una de las habitaciones de su casa fueron halladas 39 envolturas con bazuco, con un peso bruto de 19 gramos, lo cuales arrojaron prueba positiva para cocaína y sus derivados, al igual que un cuaderno con apuntes sobre la comercialización de estupefacientes y dinero en efectivo.

Considera el Juez que, se impuso a la mentada señora, medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio, en virtud de los indicios graves y, material probatorio que obraba en su contra, y a partir de los cuales pretendió consolidar la teoría del caso ante el Juez de conocimiento.

Sostiene el Juez que, lo que desencadenó la detención de los procesados, especialmente de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, el 07 de abril de 2013, no devino de un actuar arbitrario de la Fiscalía, ni de algún otro despacho judicial, sino que tuvo su génesis en una paciente labor de vigilancia y

seguimiento realizada por la Fiscalía desde el 26 de julio de 2012, es decir casi un año de seguimiento a las actividades delictuales de quienes resultaron capturados. Vigilancia y seguimiento de personas que desde luego fue legalizada por el Juez de Control de garantías en audiencia del 26 de julio de 2012. Y que, fue tan efectiva esa labor de seguimiento y vigilancia de personas que, para el día 01 de marzo de 2013, la Fiscalía obtuvo suficientes elementos de juicio para solicitar órdenes de captura y allanamientos a varias residencias, entre ella, como ya se dijo, a la vivienda que compartían Jhon Odurbey Rico Ríos y Jenni Alejandra Amaya Giraldo, quienes fueron aprehendidos, decomisando una cantidad de estupefacientes en su hogar y dinero producto de su venta; hechos por los cuales también fueron condenados su esposo y hermana.

El Juez considera que, la Fiscalía prosiguió con su actividad acusatoria y de ahí que se haya fijado la fecha del 30 de enero de 2014 para llevar a cabo el juicio oral, diligencia donde el Juez Penal del Circuito de Anserma (Caldas) anunció el sentido del fallo absolutorio a favor de la procesada, al considerar que existía duda de que en verdad ésta hubiera sido responsable de la conservación, tenencia y venta de los estupefacientes hallados en su casa de habitación; por lo que, la investigación penal contra la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo se adelantó debido a que fue capturada en situación de flagrancia por efectivos de la Policía Nacional, dado que al efectuarse allanamiento a su vivienda, se encontró sobre dicho comercio ilícito, lo cual la hacía presumir que era responsable; pues en una de las habitaciones había sustancias estupefacientes, dinero y anotaciones de tal ilícito; y por cuanto su cónyuge también fue capturado en virtud de esa diligencia.

Expone que, en este asunto, las entidades demandadas se encontraban frente a un caso que no solo ameritaba la captura de la indiciada, sino la imposición de medida de aseguramiento que no podría ser otra que la detención preventiva en su domicilio, como en efecto sucedió; de manera que, la causa eficiente para que se decretara la detención preventiva en contra de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, fue haber sido sorprendida en situación de flagrancia conservando en su casa de habitación sustancias alucinógenas. Situación que no alcanzó la entidad suficiente para proferir sentencia de condena pues, su cónyuge Jhon Odurbey Rico Ríos, se hizo responsable de tal hallazgo y por el mismo fue condenado.

Por lo considerado, para el Juez de instancia, la detención de la demandante Amaya Giraldo, no fue injusta por el solo hecho de haber sido absuelta en virtud del principio universal de in dubio pro reo, pues en la producción del daño intervino el hecho de haber sido capturada en flagrancia por Agentes de la Policía Nacional, quien con su actuación indujo a que, las entidades demandadas obraran de acuerdo con la ley, esto es, imponer la única medida de aseguramiento que ameritaba el caso, y por consiguiente, afirma que se da en ese asunto, una causal de eximente de responsabilidad para las entidades demandadas; por que la decisión de privar de la libertad a la demandante, se ajusta al parámetro convencional de proporcionalidad, al fundarse en los medios probatorios que obraban en el plenario, considerados como suficientes para tomar esa medida restrictiva de la libertad.

Reprocha el Juez que solicite el pago de perjuicios en este asunto el señor Jhon Odurbey Rico Ríos, quien fue condenado por el delito de Tráfico de Estupefacientes, aduciendo que fue este, quien propició con su comportamiento, la vinculación de su compañera permanente, ahora demandante, señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo a al utilizar su casa de habitación como sede de sus actividades delictivas.

Finalmente se pronuncia el Juez sobre la condena en costas, y hace referencia al artículo 188 del CAPCA, en concordancia con sentencia del Consejo de Estado, afirmando que, en este caso no era procedente la condena en costas, al no evidenciarse conducta temeraria o mala fe de la parte vencida dentro del proceso.

5. Recurso de apelación.

- Demandante (Fls. 277 a 285 C. 1A)

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, reprochando el argumento del Juez de instancia de que la demandante debía soportar la carga de privación de libertad, al no resultar responsable de la conducta penal, aduciendo que no puede “normalizarse” la privación de libertad de una persona como en este caso.

Afirma que el Juez no solo debe valorar la existencia de detención preventiva; sino valorar la antijuridicidad al revisar si la privación se ajustó a los estándares

constitucionales e internacionales; y, sostiene que, dicha antijuridicidad debe ser establecida a partir de la conducta de la víctima, pero que, en este asunto no se determinó ni la culpa grave o dolo de ésta, ni que con su actuar haya dado pie para el proceso penal iniciado en su contra. Y que, en el caso no había indicios graves o elementos probatorios suficientes para sustentar la solicitud de medida de aseguramiento, por cuanto el hecho que la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo estuviera en la casa al momento del allanamiento, no implicaba que a ella le fuera imputable el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; y refuta como irracional e ilegal la conducta de la Fiscalía General al imponer la medida de aseguramiento a la demandante, al no considerar adelantar procedimiento penal sin privación de la libertad de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, la cual no se encuentra legitimada ni justificada según la recurrente.

6. Alegatos segunda instancia.

- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial (Fls. 9 a 12 C. 3)

La demandada Rama Judicial presenta su escrito de alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda, aduce que la medida impuesta se ajustó al ordenamiento vigente en su momento; y sostiene que, la señora Jenni Alejandra Amaya estaba en el deber de soportar la carga de ser privada de su libertad.

Solicita no sean tenidos en cuenta los perjuicios materiales de daño emergente, por haberse solicitado de manera general; y en la audiencia de pruebas se dijo que la demandante no tenía actividad económica, pues su manutención estaba a cargo de su compañero.

Señala que, en el presente asunto hay culpa exclusiva de la víctima, además de incumplir el deber de denuncia, y asumir conductas contrarias a la buena fe; aduciendo que, tampoco se estableció en este caso un nexo causal, por lo que debe confirmarse la sentencia proferida en primera instancia.

- Parte demandante (Fls. 14 y 15 C. 3)

La apoderada judicial de la parte demandante reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, especialmente en lo relacionado con que la privación de su libertad fue injustificada, no legitimada ni razonada.

- Fiscalía General de la Nación (Fls. 16 a 20 C. 3)

La demandada Fiscalía General de la Nación reitera en su totalidad los argumentos de la contestación de la demanda, y hace alusión a los testigos dentro del asunto, y, sostiene que eran actividades ilícitas a las que se dedicaba el conyugue de la demandante, incluso antes de su convivencia; y que, si bien la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo no tenía el deber de denunciar a su esposo, esa situación no debe considerarse en el presente asunto, porque su actuar doloso, desde el derecho civil, fue la causa de su judicialización.

8. Concepto del Ministerio Público. (Fls. 22 a 31 C. 3)

El Ministerio Público hace un análisis de la demanda, la contestación y el recurso interpuesto, y hace referencia a sentencias del Consejo de Estado relacionadas con la privación injusta, el régimen de responsabilidad de ello y, el daño.

Considera que, no toda absolución en un proceso penal deriva en responsabilidad patrimonial del Estado, y, que, en este caso la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, estuvo privada de la libertad desde el 7 de abril de 2013 hasta el 4 de febrero de 2014 con ocasión a las diligencias de allanamiento realizadas, señalando que, la medida de aseguramiento tuvo respaldo probatorio, relación con el delito imputado, y, reunió los requisitos exigidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, y las exigencias de los artículos 336 y 337 de la ley 906 de 2004; concluyendo que, la privación de la libertad de la mencionada señora no puede catalogarse como injusta, considerando las actuaciones de la Fiscalía y de los operadores judiciales, las cuales fueron acertadas en este caso.

Así mismo, sostiene el Ministerio Público que, la privación de la libertad se ajustó a los criterios de necesidad, razonabilidad y, adecuación; y que, las autoridades actuaron en cumplimiento de su deber real.

Aduce que, la conducta de la demandante Jenni Alejandra Amaya Giraldo constituyó un elemento determinante para su captura y, vinculación al proceso

penal, por lo que, el daño en este caso no puede calificarse como antijurídico; solicitando se confirme la sentencia proferida en primera instancia.

I. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver.

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

¿Se configuró en este caso una privación injusta de la libertad de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo?

En caso afirmativo,

¿A qué entidad resulta atribuible la misma?

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.

Ahora bien, frente al régimen de responsabilidad aplicable en materia de privación de la libertad de las personas sujetas a detención preventiva dentro de un proceso penal, que a la postre se exoneran de responsabilidad mediante sentencia absolutoria o pronunciamiento equivalente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con fundamento en la sentencia SU 072 de 2018 de la Corte Constitucional, ha sostenido¹:

“5. Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

5.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación².

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos en los cuales resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal.

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de 5 de julio de 2018. MP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Rad. T-6.304.188 y T-6.309.556 (AC)

5.2. Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 72/18, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada de ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad.

La Corte Constitucional reitera que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política.

(...)

Por último, la Corte Constitucional, consideró que en todos los casos en los que se reclame la reparación de los daños generados por privación injusta de la libertad debe valorarse la culpa exclusiva de la víctima.

(...)

5.3. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, señala que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”.

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación, el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos os presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absolución consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral.

Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad,

en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo.

5.4. En conclusión, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad". (Subraya la Sala).

A partir de las anteriores pautas, corresponde analizar los hechos en que se fundamenta la presente demanda.

3. Pruebas relevantes.

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

- Copia del oficio respuesta petición del Director de la Cárcel de Anserma (Fl. 40 C. 1) de la cual se extrae:

"(...) Para tal fin me permito informar que una vez revisada nuestra base de datos Institucional SISIPPEC WEB, se evidenció que la señora ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, ingresó a este Penal el día 07 de abril de 2013, mediante boleta de detención N° 011 emanada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Risaralda, dentro del proceso radicado 170426106935-2012-80224 por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, momento en el cual comenzó a gozar del beneficio de Detención Domiciliaria en su lugar de residencia. Para el día 04 de febrero de 2014 el Juez Penal del Circuito de Anserma Caldas otorga libertad con sentido del fallo absolutorio, mediante boleta de libertad N° 001.

Me permito anexar fotocopias de Boleta de Detención y Boleta de Libertad, para que obre dentro de la solicitud referenciada."

- Copia de la audiencia preliminar control de garantías (Fls. 102 a 108 C1)

(...) Audiencia de imputación:

(...) JENNY ALEJANDRA AMAYA GIRALDO se le imputa el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, verbo rector CONSERVAR.

(...) Por el delito de "TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES"

Procedencia: El juez analiza si con las medidas solicitadas se cumplen los fines de evitar:

Si X No

Si X No

Concede la oportunidad de argumentación a Fiscal X Ministerio Público X Defensores X, e IMPONE: Medida de Aseguramiento en Establecimiento de Reclusión Art. 307 Lit. A Numeral 1° del C. P. Penal. Aaí:

Para JENNY ALEJANDRA AMAYA GIRALDO Y JHON ODURBEY RICO RIOS DETENCIÓN PREVENTIVA EN SU DOMICILIO por cuenta del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Anserma, Caldas

(...)

Notificada en estrados.

Interpuso recurso de apelación No X Si_”

- Copia del escrito de acusación penal (Fls. 151 a 157 C. 1)

“(...) personas a vigilar fueron entre otras CARLOS ALBERTO GOMEZ MEDINA, DANIEL ALEJANDRO OSORIO SOTO, JUAN ESTEBAN SUAREZ CEBALLOS Y JHON ESTEBAN CARVAJAL OLAYA, personas éstas que se dedican a expender estupefacientes, situación que se advierte con las actividades investigativas desplegadas donde se allegan grabaciones, entrevistas, incautaciones e informes realizados que permiten corroborar el comercio ilícito de dichas sustancias en dicha zona.

El 15 de enero de 2013, los investigadores asignados, allegan los informes correspondientes a los resultados de la vigilancia a personas, donde se señala de manera clara y concreta la participación en el comercio ilícito de distribución y venta de sustancias alucinógenas en el día y altas horas de la noche. El 16 del mismo mes y año se solicita la legalización de la información correspondiendo al Juzgado Promiscuo Municipal de Anserma Cds quien avala la petición.

El 15 de marzo del año que avanza, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de esta localidad a solicitud del despacho, expide las órdenes de captura para los señores CARLOS ALBERTO GOMEZ MEDINA, DANIEL ALEJANDRO OSORIO SOTO, JUAN ESTEBAN SUAREZ CEBALLOS Y JHON ESTEBAN CARVAJAL OLAYA, mismas que se hicieron efectivas para GOMEZ MEDINA Y OSORIO SOTO en diligencia de allanamiento y registro el 6 de abril de 2013, lográndose la captura en flagrancia de la señora YENY ALEJANDRA AMAYA GIRALDO. (...)

- Copia de la diligencia de audiencia preparatoria de la acusada, señora Yenny (Sic) Alejandra Amaya Giraldo (Fls. 226 a 230 C. 1), en la cual se relacionan 52 pruebas en el asunto, y manifiesta la acusada no aceptar los cargos.
- Copia de la audiencia pública de juicio oral y su continuación de la acusada Jenni Alejandra Amaya Giraldo (Fls. 244 a 248 C. 1)

- Copia de la lectura de sentencia absolutoria de primera instancia del Juzgado Único Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Anserma - Caldas de 27 de junio de 2014 (Fls. 258 a 280 C. 1)

“(…) 4. JUICIO ORAL Y PÚBLICO

Agotados los ritos previos a la vista pública - audiencias de formulación de acusación y preparatoria - (Arts. 338 a 347 y 355 a 365, Ley 906/04) - se dio inicio al Juicio Oral y Público con el alegato inicial de la Fiscalía, la que dentro de la teoría del caso manifestó que demostrará la responsabilidad de la señora JENNI ALEJANDRA, como COAUTORA de la investigación que tuvo sui generis el día 6 de abril de 2013, en la carrera 6ª de esta municipalidad, cuando la Sijin de Anserma, Caldas, cumplía orden de allanamiento y registro del 22 de marzo del mismo año, encontrando debajo de una cama y sobre el piso un estupefaciente, y sobre la cama dinero, además un cuaderno con apuntes; por lo que la Fiscalía en su momento le Imputó cargos por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, verbo rector conservar estupefacientes; que para demostrar el hecho penal, declararan los testigos directos e indirectos que conocieron del caso y se introducirán las evidencias enunciadas por la Fiscalía, que con ello quedará demostrado que la acusada es la responsable de tal injusto.

La Defensa, por su parte, señaló que la señora JENNI ALEJANDRA no es responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, por cuanto la droga Incautada en el allanamiento no es de ella, únicamente fue recibida por ella, por lo tanto la conducta es atípica, lo que se evidenciará en el Juicio, ya que la defensa probará que JENNI no es culpable del injusto y, por ende, deberá ser absuelta

(…)

Que realizó allanamiento a ocho inmuebles en la carrera 6ª y en la calle 7a, a la casa de JHON ODURBEY RICO RIOS y otras más; que las órdenes fueron recibidas por parte de la Fiscalía, poniéndose de presente la orden de allanamiento y registro expedida por el Fiscal, de fecha 22 de marzo de 2013; que el objeto de la misma era ingresar con la misma a las viviendas, como dijo, 8 allanamientos en diferentes direcciones y la captura de las personas que se dedicaran al comercio de estupefacientes, todo ello en la Cra. 6a No 9-49, residencia habitada por JHON ODURBEY RICO RÍOS, quien tenía orden de captura, alias Salomón', donde se guardaban estupefacientes y éste no tenía orden de captura (...)

Una vez se logró ubicar a las personas en horas de la mañana, en horas de la tarde se realizó el dispositivo con personal de la Sijin de Caldas y la policía uniformada de Anserma; se procedió al registro simultáneamente a las viviendas y se capturó a personas donde se hallaron estupefacientes y libros de cuentas, así como dinero; se realizaron capturas por órdenes de captura y personas en flagrancia; que para esa fecha fue capturado ODURBEY RICO RÍOS, en la Cra. 6ª con calle 78, por donde vive su hermana, que una de las casas allanadas fue la del antes mencionado, pues la de él era una de las principales, allí capturaron a la compañera sentimental, ya que en dicha residencia se halló sustancia, dinero y libro de cuentas, que posteriormente se hicieron los informes y las pruebas de PIPH, reseñas, entre otras, todo en formato de informe ejecutivo.

Se puso igualmente de presente el informe ejecutivo en el cual plasmo las diligencias realizadas durante los registros y allanamientos el 07 de abril de 2013, que con órdenes de captura fueron aprehendidos varios ciudadanos, y que en flagrancia JUAN DAVID Y JENNY ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, en el inmueble ubicado en la Cra. 4ª N° 9-49.

Frente al contrainterrogatorio del Defensor: al interrogársele que si la acusada no estaba involucrada dentro de la investigación, manifestó que dentro de la investigación no aparece como responsable de la estructura delincinencial, que ella no estaba allí, indicó que dentro de la investigación las ventas se realizaban en la calle, en la carrera 6ª entre las calles 7a, 8a y 9a, pero siempre en la 6ª.

Del interrogatorio redirecto de la Fiscalía: al indagarse por qué razón exactamente se hizo solicitud a la residencia de UBERNEY RICO RÍOS, respondió que, dada la dificultad de la topografía, ese terreno es difícil de vigilar y la vivienda no se observaba de lleno, por eso se vela que salían de la casa de él y los informantes indicaron que de allí salían con el estupefaciente; que no había vigilancia a la casa ni seguimiento, sólo con labores de vecindario, por eso las demás personas aceptaron los cargos, pero que él no hizo el allanamiento a la vivienda donde fue capturada la hoy acusada. La defensa se abstuvo de realizar preguntas de re contra interrogatorio.

(...)

Que fue él quien realizó el allanamiento directamente en la Cra. 6ª No 9-49, donde vivía alias 'Tato', JHON ODURBEY RICO RÍOS, pues había solicitado órdenes de captura de algunas personas, entre las expedidas, se encontraba la de ODURBEY.

Que el allanamiento que realizó se inició el 07 de abril 2013, a las 13:07 horas, llegó en compañía de sus compañeros de apoyo y al no recibir respuesta se utilizó la fuerza, y se abrió la puerta por varias personas, que no recuerda quién abrió la puerta, pero se encontraban en dicha morada JENNI ALEJANDRA AMAYA la señora EDILIA GIRALDO. En dicho inmueble se encontraron una o dos personas más de sexo femenino y se solicitó identificación de esas personas; Edilia y Jenni indicaron que ellas se encontraban de visita en ese lugar; que la actitud de JENNI ALEJANDRA al ingreso de los policiales fue de una persona asustada con cara de sorpresa angustiadas al ver la presencia policiaca, ellas nada manifestaron.

Que una vez en la vivienda desarrolló actividades tales como el Preguntar qué ¿quién se va a hacer responsable de esa vivienda?, que ICA quién vivía allí? y al final JENNI ALEJANDRA fue quien se hizo responsable de dicho inmueble; que en una habitación de la residencia, SEC entraron debajo de una cama, una bolsa plástica negra con ANSER Volturas de papel cuaderno, con sustancia pulverulenta conocida como bazuco, ello en un total de 39 envolturas, pues a esa habitación Jose ingresó, porque se percibía impregnado el olor a bazuco, por ello se aseguraron las personas para evitar el ocultamiento o destrucción de evidencias, indicando que las envolturas contenían una sustancia a la que posteriormente se le hizo el PIPH y dio positivo para cocaína y sus derivados; que además, en dicha habitación se encontró dinero y un cuaderno que contenía apuntes sobre la sustancia, que ésta estaba debajo del colchón de la cama, donde se halló el estupefaciente.

Que no se indagó con respecto al encuentro del estupefaciente, que sólo se le notificó, se le señaló lo del hallazgo y capturó a JENNI ALEJANDRA

AMAYA GIRALDO, se le informa sobre la captura por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes y se condujo para la prueba de PIPH; adelantándose, igualmente, la incautación de los elementos materiales probatorios encontrados en dicha residencia.

Que si habiendo más personas en esa residencia, como la mamá de JENNI ALEJANDRA y otras dos personas, porque sólo se capturo a JENNI, a lo cual dijo que fue porque ella se hizo cargo del inmueble, y porque es la compañera permanente de alias 'Tato', ya que éste es un reconocido vendedor de estupefaciente en este municipio, y a quien capturó igualmente ese día, ya que él encabezaba dicho operativo, y lo vio en la calle y era misión suya llegar hasta el sitio de la residencia allanada y donde se incautó el estupefaciente en este municipio, y a quien capturó igualmente ese día, ya que él encabezaba dicho operativo, y lo vio en la calle y era misión suya llegar hasta el sitio de la residencia (...)

Que por la investigación que realizaron durante diez (10) meses aproximadamente, se averiguó que allí vivía 'tato', ODURBEY RICO RÍOS, que era un sitio donde almacenaba empacaba estupefaciente, que no pudieron establecer quién la empacaba, pero que está haciendo conjeturas, o pensando de que las personas que allí vivían tenían pleno conocimiento que allí se empacaba, las conjeturas se dan por cuanto allí reside el expendedor, la droga era expendida por JHON ODURBEYRICO, que él supone que lo hacía él sin alejar el conocimiento de las demás personas que allí residían, que no averiguaron nada al respecto, pues ODURBEY fue capturado en la calle donde mantenía vendiendo el estupefaciente; y la razón para que JENNI ALEJANDRA se hiciera cargo de la droga fue simplemente porque ella respondía por el inmueble.

(...)

quienes solicitaron la práctica de Pruebas de Identificación Preliminar Homologada a las sustancias que incautaron en los allanamientos que se efectuaron en la Carrera 6ª, y a los estupefacientes que le fueron incautados a la señora JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, quien estuvo presente en la diligencia de pesaje, que la persona que estuvo presente en el pesaje se encuentra en la sala de audiencias señalando a la acusada JENNI ALEJANDRA, y la identifica por su forma de vestir.

Que la droga incautada correspondía a 39 envolturas con bazuco, con un peso bruto de 19 gramos y un peso neto 10 gramos, los cuales arrojaron prueba positiva para cocaína y sus derivados.

Al preguntársele que si la cocaína incauta era de JENNI ALEJANDRA, 0 que sí ésta había manifestado algo, respondió el interrogado que si era de ella por cuanto había estado presente en la diligencia de pesaje y firmo el acta, pero que ella en ningún momento manifestó algo al momento de firmar el acta.

Frente al contrainterrogatorio: al indagársele que porque él decía que la droga incautada era de la señora JENI ALEJANDRA, ésta manifestó que la droga era de la señora JENI ALEJANDRA, porque ella fue quien le firmó el acta, que si ese fue el motivo para que él afirmara que la droga era de ella, a lo cual respondió que sí, ya que se le incautó y ella asistió a la diligencia de pesaje.

Que, si el motivo que lo lleva a decir que la droga incautada es de JENNI ALEJANDRA, es porque ella firmó el acta de incautación, el testigo

manifestó que no que el solo le hizo firmar el acta de pesaje y prueba preliminar, que se realizó en las instalaciones de la Sijin, de la Estación de Policía, que le puso de presente la droga incautada a la acusada y ella en ningún momento le hizo manifestación alguna.

(...)

Frente al interrogatorio: indicó que hace aproximadamente un año le dio una peritonitis aguda y por ello le practicaron una colostomía, que vive hace cinco años con JENNI ALEJANDRA en la Carrera 60 N° 9 49, que la casa era de una señora de la cual no recuerda el nombre, que pagaban arriendo entre la suegra y él, que el sustento económico del hogar era él, que JENNI no trabajaba, reconoció que él vendía estupefacientes en la calle, y la guardaba en un solar al lado de la casa de su mamá, que para ello utilizaba un hueco en un potrero, que era muy rara la vez que él llevaba droga a la casa, pues no le gustaba arriesgar a su hija ni a JENNI.(...)

Que para el día del allanamiento tenía 30 mil pesos dentro de cuaderno que estaba debajo de un colcho y no recordaba si en ese momento dejó droga o no, y que en ningún momento JENNI ALEJANDRA conocía lo que él guardaba en ese cuarto.

7. ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO.

Con la expresión del sentido del fallo debe estar totalmente clara la apreciación del Juez sobre la ausencia de responsabilidad del acusado de los tipos penales que se le endilgaron, ya que como quedó demostrado en el trayecto del Juicio Oral y Público, no se le puede endilgar a la señora JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO la participación en la conducta punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en tanto NO SE PROBÓ por la Fiscalía, órgano que detenta la titularidad del ejercicio de la acción penal en nuestro país, la intención de afectar el bien jurídico de la SALUD PÚBLICA, conforme al artículo 376, Inciso Segundo del C.P. (Ley 599 de 2000), modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011(...)

En estas condiciones es indudable que dicha situación frente a la mencionada conducta ilícita le favorece a la señora AMAYA GIRALDO, en consecuencia, prevalece para estos efectos LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, artículo 29 de la Constitución Política y la norma rectora y garantía proceso de que trata el artículo 72 del C. P. P.- Ley 906 de 2004.

(...)

No cabe duda que a la acusada JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, en este caso, no se le demostró que estuviera ligada finalísimamente a la realización de la conducta, pues, no se evidenció efectivamente que hubiere brindado colaboración a un hecho punible del cual hacía parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, pues faltando dicho elemento de vinculación no puede hablarse de coautores.

Es claro que en el caso sub júdice no se demostró un acuerdo común, ni mucho menos la división de funciones, ni la trascendencia del aporte durante la ejecución del ilícito; ni mucho menos la participación de la acusada JENNY ALEJANDRA al actuar criminal del cual formaban parte las personas que (...)

Independientemente de las versiones encontradas y contrapuestas entre los testigos de ambas partes, no se probó que la acusada fuese coautora de la conducta a ella endilgada, pues si bien su nombre se menciona en una entrevista o en la declaración del arrendador donde residía dicha familia, ello no conduce a la certeza que la misma se dedicara al expendio de estupefacientes, máxime que el solo hecho de ser la compañera de quien efectivamente se dedicaba a la venta de estupefacientes, pues no se puede olvidar que al momento de realizada la diligencia de allanamiento en dicha orada, la señora JENNI ALEJANDRA no contaba con las llaves del cuarto en el cual fue encontrado el estupefaciente, pues ella en su declaración manifestó que inicialmente los policías golpearon la puerta de dicho cuarto(...)

No existe evidencia demostrativa, más allá de toda duda, de que efectivamente la acusada sea coautora de la conducta multicitada, como lo hizo notar la propia Defensora, según lo expuso en su intervención final, ya que si emerge claro que la acusada JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, estaba en un lugar muy álgido, en el cual se dedican a realizar a diario ese tipo de conductas por parte de los micro traficantes de estupefacientes, en momentos en los que los policiales hacían efectivas órdenes de captura expedidas en contra de personas dedicadas a este flagelo, así como sendas órdenes de allanamiento y registro a Inmuebles donde, al parecer, residían los por capturar, situación que trasciende en una responsabilidad puramente "objetiva", o sea, por el mero resultado, la cual se encuentra proscrita en el vigente estatuto punitivo (Art. 12 del Código Penal); además, si se tiene en cuenta que la misma reside en ese sector de la Municipalidad, sin que por esta situación se pueda estructurar en su contra una responsabilidad subjetiva, más aún cuando está de por medio la presunción de inocencia, que no puede estropeársele, sino por pruebas debidamente presentadas en Juicio Oral y Público.

Lo anterior conduce a que no aparece con claridad la intervención de la acusada en el comportamiento a ella endilgado, ante la no acreditación del suceso penalmente reprochable, lo que surge evidente, que no puede incriminarse la coautoría a la señora AMAYA GIRALDO, de manera razonable, dadas las falencias de la investigación.

(...)

Se podría decir en este momento, que por parte de la Fiscalía no se adelantó a fondo la investigación, tendiente a determinar si la señora JENNI ALEJANDRA formaba parte de la red de traficantes de estupefacientes a los que en su momento se adelantó seguimientos, y a quienes se les hizo efectivas las órdenes de captura, pues así lo dio a conocer el declarante en sus respuestas a las preguntas aclaratorias que le hizo el suscrito; lo que si es claro para este fallador, es que la señora JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, es la compañera permanente del señor ODURBEY RICO RÍOS, reconocido expendedor de estupefacientes, quien ya fue condenado por este hecho, y fue quien indicó de manera libre y espontánea cuando decidió allanarse a los cargos endilgados por la Fiscalía, que él era el dueño y expendedor de las sustancias estupefacientes incautadas, empero esto no convierte automáticamente en su cómplice a JENNI ALEJANDRA, para entrar a determinar tal situación se debe acreditar fehacientemente por el ente investigador.

(...)

FALLA:

PRIMERO: ABSOLVER a la señora JENNI ALEJANDRA AMAYA GIRALDO, debidamente individualizada e identificada con la cédula de ciudadanía número 1.054'922.592 de Anserma, Caldas, de condiciones civiles y personales ya conocidas, por la conducta punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, descrito en el artículo 376, Inc. 2, del Código Penal, modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, conforme a las disquisiciones precedentes."

4. Análisis del caso en concreto.

4.1. El daño:

No hay discusión que, el daño en este caso, consiste en la privación de la libertad con detención domiciliaria de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo desde el día 7 de abril de 2013, hasta el día 4 de febrero de 2014, como consta en las boletas de detención y libertad, coincidentes con el oficio del director de la Cárcel de Anserma (Fl. 40 C. 1).

5. La imputación:

De lo relatado en el acápite de pruebas se estableció que la diligencia de allanamiento estuvo precedida de la respectiva orden, que se levantó el acta de la diligencia donde se anotó todo lo acontecido con descripción del material estupefaciente encontrado, y seguidamente se presentó el escrito de acusación por la Fiscalía con base en lo hallado en la mencionada diligencia, posterior a lo cual se legalizó la captura.

Ahora, respecto de la medida de aseguramiento impuesta, el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal — Ley 906 de 2004 vigente para la época de los hechos, establece:

"Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

- 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.*
- 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;*
(...)"

Y frente a los requisitos para el decreto de la medida de aseguramiento el artículo 308 ibidem prescribe:

"Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia".*

De esta manera, de acuerdo a las normas expuestas, para esta Sala, las autoridades contaban no sólo con un elemento cierto que, para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento, los hacía presumir de la comisión del delito, elemento constitutivo no solo en las labores investigativas previas al allanamiento; las órdenes de vigilancia de personas que las autoridades consideraban se dedicaban al expendio de estupefacientes; grabaciones, entrevistas, incautaciones e informes que corroboraron esa situación; así como la imposición de medida de aseguramiento al señor John Odurbey Rico Ríos, compañero permanente de la demandante, y quien aceptó los cargos de venta de estupefacientes.

Entonces, a la luz de las normas mencionadas, encuentra esta Sala que, las autoridades accionadas sí contaban con elementos materiales probatorios referidos en renglones precedentes, por lo que no puede considerarse que hubo una privación injusta de la libertad, ya que se reunían los elementos necesarios para la imposición de la medida de aseguramiento, por cuanto al momento de imposición de la misma, se itera, existían elementos más que suficientes, que permitían inferir razonablemente que la imputada era autora o coautora del delito investigado de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo el verbo rector de conservar estupefacientes, como lo expuso la Fiscalía, ante la diligencia de registro del bien inmueble del día 6 de abril de 2013, donde se captura a la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo.

Sin perder de vista que, para la imposición de la medida de aseguramiento no se exige certeza de la comisión del delito imputado en las condiciones inicialmente investigadas; cosa distinta es que, las pruebas que generaron dudas al juez penal, fueron recaudadas en la etapa del juicio oral.

De igual manera, en el proceso penal se recibieron declaraciones de testigos directos e indirectos, dentro de los cuales se encontraba el personal que realizó el allanamiento e hizo el trabajo investigativo en la Fiscalía, de lo que se advierte que, el señor Jhon Odurbey Rico Ríos, compañero permanente de la señora Jenni Alejandra Amaya tenía orden de captura; y que, en la diligencia de allanamiento de la vivienda de la demandante, y de varias del mismo sector, se dictaron órdenes de captura para varias personas, que tenía investigadas como una banda dedicada al comercio de estupefacientes.

Las labores investigativas arrojaron que, en la residencia del mentado señor, compañero sentimental de la demandante, era donde se realizaba la venta de estupefacientes, y, en la diligencia de allanamiento se encontraba la demandante, señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, quien, al indagar sobre su presencia en esa vivienda, afirmó que vivía allí, y se hizo responsable del inmueble durante la diligencia, en la cual se encontraron “39 *envolturas de bazuco*”. Y, las investigaciones realizadas, se llevaron a cabo durante 10 meses, y en las diligencias realizadas, la señora Jenni Alejandra Amaya, guardó silencio sobre la “droga” encontrada; y, su compañero permanente aceptó que se dedicaba a la venta de estupefacientes.

De lo expuesto, no hay duda que, la señora Jenni Alejandra Amaya se encontraba en la casa en la cual se realizó el allanamiento donde se encontraron los elementos necesarios para afirmar que allí se vendían estupefacientes; que su compañero permanente aceptó ser vendedor de las sustancias encontradas; que el allanamiento fue producto de labores investigativas, y para el momento de la orden de captura de la señora en mención, se contaba con los elementos necesarios como las investigaciones previas, el allanamiento donde se encontraba la misma, quien además se hizo cargo de atender la diligencia durante la cual no negó el conocimiento de los estupefacientes encontrados en su vivienda.

Igualmente se señala que, ante la imposición de orden de captura no se interpuso recurso alguno por parte de su defensor.

Por lo expuesto, para esta Sala resultaba razonable la inferencia de la Fiscalía y del Juez de garantías en el sentido de ser necesaria la medida de aseguramiento en contra de la señora Jenni Alejandra Amaya a efectos de esclarecer su grado de participación en la empresa criminal dedicada a la venta de estupefacientes, encontrando en su vivienda dichas sustancias, y siendo condenado su compañero permanente por ese delito.

De ello se desprende que la medida cumplió con uno de los presupuestos legales para su decreto, según las argumentaciones tanto de la Fiscalía como del Juez; de lo que se sigue que ambas autoridades actuaron a lo largo del proceso no solo dentro de sus competencias sino con apego a la norma, no configurándose entonces una privación injusta de la libertad; y si bien es cierto que, a la postre, la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo fue absuelta mediante sentencia proferida por el Juzgado Único del Circuito con Función de Conocimiento de Anserma – Caldas, ello no lo fue por motivo que el hecho no existió o que el mismo era atípico, sino, por falta de pruebas que la incriminaran, por no haberse logrado determinar cuál era su participación en la venta de estupefacientes, por no demostrarse que hacía parte de una “banda criminal” pese haberse hallado al momento de la captura en circunstancias que facultaban a la Fiscalía solicitar la medida de aseguramiento, como lo fue, se itera, porque el inmueble donde residía, fue allanado, y allí se encontraron sustancias alucinógenas dispuestas para su venta, y donde su compañero permanente fue privado de su libertad por tales hechos, los cuales éste aceptó.

De lo expuesto se encuentra que, la demandante tenía en este caso la obligación de soportar la carga de la privación de su libertad; y que, las actividades ilícitas a las que se dedicaba su esposo, la puso de igual manera en la condición de ser privada de la libertad mientras se surtía toda la etapa probatoria como ocurrió efectivamente.

Por lo expuesto, pese a que en este asunto no hay discusión de la privación de libertad de la que fue objeto el demandante, ello en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, y que ésta finalizó con una sentencia absolutoria en

favor suyo; para la Sala ese daño no se reputa antijurídico; pues la medida de aseguramiento se dictó, como ya se dijo, con el cumplimiento de los requisitos legales para ello, no advirtiéndose en este caso una actuación desproporcionada o carente de razonamiento al momento de imposición de la misma.

En caso similar recientemente el Consejo de Estado² ha sostenido:

(...) De acuerdo con los hechos probados en el presente proceso, la Fiscalía General de la Nación solicitó la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad con fundamento en que la Unidad Investigativa de la Policía Judicial encontró CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS GRAMOS (5.762) gramos de cocaína en la terraza del inmueble en que viva el señor Dilmer Patiño Bustamante, quien era la única persona que se encontraba en el inmueble en el momento en que se llevó a cabo la diligencia de registro y allanamiento, y, por ende, fue quien atendió la diligencia. De lo anterior, el órgano investigador infirió que el propietario de la mercancía incautada era el aquí demandante, ya que, al ser la única persona que se encontraba en el inmueble, estaba "vigilante" del estupefaciente, esto es, cuidaba del mismo, pues nadie lo dejaría abandonado en un lugar al que podían acceder otras personas, en razón de su alto valor económico; hipótesis del caso que incluso fue defendida en el juicio oral llevado a cabo en el proceso penal adelantado en contra del señor Dilmer Patiño Bustamante.

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Paujil, Cagueta, con función de control de garantías, una vez escuchó los argumentos de la Fiscalía General de la Nación y la defensa del imputado, resolvió imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad, exponiendo, como sustento de su decisión, que de los materiales probatorios que obraban en la investigación criminal se podía inferir que el señor Patiño Bustamante era autor de la conducta punible de tráfico, porte o fabricación de estupefacientes. A juicio del juez de control de garantías, el hecho de que la vivienda fuera habitada por otras personas, distintas del señor Patiño Bustamante, no desvirtuaba la inferencia razonable de la autoría o participación de éste en la comisión de la conducta punible, pues dicho hecho era un elemento a valorar al momento de determinar la responsabilidad penal del indiciado, para lo cual se requieren medios de prueba más certeros que aquellos exigidos para la imposición de la medida de aseguramiento.

Así las cosas, en la investigación criminal adelantada en contra del señor Dilmer Patiño Bustamante se cumplió con el requisito de razonabilidad exigido para la imposición de la medida de aseguramiento, dado que, para ese momento, el juez de control de garantías contaba con una prueba directa de la cual dedujo la posibilidad de que el señor Patiño estuviera comprometido con el delito de tráfico, porte, o fabricación de estupefacientes, pues se tenía conocimiento que la Policía Judicial encontró la sustancia estupefaciente en la terraza de la vivienda del imputado, por lo que, al tratarse de una zona interna y común, aquel tenía acceso a dicho lugar y era probable inferir que dicha persona hubiera sido quien ubicó allí la sustancia estupefaciente que fue incautada,

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Sentencia de 31 de mayo de 2023. MP. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. 18001-33-31-000-2011-00388-01 (58488).

máxime, cuando era la única persona que se encontraba en el lugar al momento de practicarse el allanamiento. Por ende, podía colegirse, de forma razonable, que él fuera el propietario de dicha mercancía. Además, como lo señaló el juez de control de garantías en la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, el hecho de que en el inmueble vivieran otras personas distintas al señor Patiño Bustamante constituía una situación que debía ser tomada en cuenta al momento de definir la eventual responsabilidad penal de aquel, como así lo hizo el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Florencia, Cagueta, pero no se trataba de una situación que descartara la posible autoría o participación de aquel en la comisión del delito, situación necesaria para el decreto de la medida cautelar.

La medida de aseguramiento también se muestra proporcional, en razón a que el tiempo en que estuvo privado de la libertad el demandante en su sitio de residencia, esto es, once (11) meses, no puede considerarse como una sanción equivalente a la pena de prisión prevista para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cuya pena mínima excedía los cuatro (4) años.

(...)

Así las cosas, como la restricción de la libertad de Dilmer Patino Bustamante fue ajustada a derecho y no existen motivos para inferir que hubiera sido inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, resulta forzoso concluir que la privación de la libertad por él padecida se encontraba amparada por un título jurídico que lo obligaba a soportar la restricción a su libertad personal. Por ende, dicha restricción de su derecho fundamental no comportó ni para él ni para sus familiares, un daño antijurídico que deba ser reparado por los organismos demandados. (...)" (Subraya la Sala).

Como en el presente asunto, para el Despacho no existe ningún reproche jurídico a la medida de aseguramiento y su permanencia en el curso del proceso penal, pues la sentencia proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Anserma – Caldas absolvió la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo se fundó en el análisis de las pruebas pluri mencionadas en este asunto; por lo que, en un análisis objetivo de las situaciones mencionadas, para esta Sala, no hay lugar a declarar la existencia de la privación injusta de la libertad, no obstante la absolución.

6. Análisis a la luz del daño especial.

Cómo se consideró en la citada Sentencia de unificación de 5 de julio de 2018, la Corte Constitucional precisó que los artículos 90 de la Constitución Política de Colombia y 68 de la Ley 270 de 1996 no establecen un título específico de imputación, sino que, por el contrario, prevén la posibilidad de que el juez adecúe la situación específica al título pertinente; y, sostuvo que, la falla en el

servicio es el título de imputación preferente y que los títulos de responsabilidad objetiva son residuales, reservados para aquellos casos en que el régimen subjetivo es insuficiente para resolver la situación determinada.

Por lo anterior, debe esta Sala de Decisión, estudiar la responsabilidad en este caso, bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado³ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó:

“(...) en eventos en los cuales el sindicato sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojó.

Otra circunstancia sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicato no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio (...)” (Subraya la Sala).

De acuerdo con lo considerado, en este caso, si bien a favor de la demandante se profirió sentencia absolutoria, ésta no obedeció a que el hecho investigado no hubiese existido o que la conducta no fuera objetivamente atípica, sino que,

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

no se evidenció la colaboración de ésta en el delito imputado, faltando los elementos necesarios para hablar de coautoría, como así lo consideró en la sentencia el Juez Penal; es decir, que en este caso, no se hallaron pruebas, fuera de toda duda razonable, para seguir imputando el delito a la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, hasta llegar a una sentencia condenatoria en su contra; es decir, que se aplicó en este caso el principio del *in dubio pro reo*.

Así las cosas, y de acuerdo lo considerado por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el daño especial, siendo este un título jurídico de imputación que tiene cabida en asuntos de privación de la libertad en que se demuestre que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, no puede en este caso predicarse la existencia de un daño especial.

Por lo expuesto se concluye que, en este caso no se encuentra acreditada una privación injusta de la libertad de la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo, por la cual deban responder las demandadas, de manera que, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de agosto de 2019, 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.

Ahora, una vez revisado el expediente, se advierte que, las partes demandantes y demandadas intervinieron en segunda instancia, presentando escrito de alegatos de conclusión, y; el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante no prosperó. De manera que, en este caso, hay lugar a condenar en costas por concepto de agencias en derecho, en favor de las demandadas Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a cargo de la parte demandante; las cuales se fijan en la

suma de un salario mínimo legal mensual vigente, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 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: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de agosto de 2019, dentro del medio de control de reparación directa presentado por la señora Jenni Alejandra Amaya Giraldo y otros, contra la Nación – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandante y en favor de la Fiscalía General de la Nación y – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, a título de agencias en derecho; las cuales se fijan en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 del acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

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

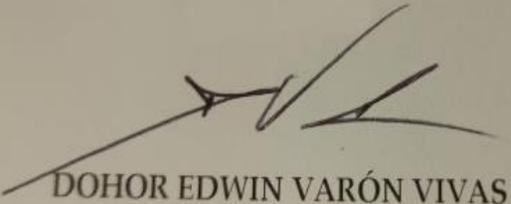
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 200

RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00217-00
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTES: Jorge Alberto Beltrán Pérez
Herney Márquez Cardona
DEMANDADOS: Corporación Autónoma Regional Caldas – Corpocaldas
Municipio de Manizales
VINCULADOS: Sociedad J. Robledo & CIA S.C.A.

Dentro de la acción para la protección de los derechos e intereses colectivos de la referencia fue proferida sentencia el 12 de marzo de 2021, siendo notificada a las partes el 15 de marzo siguiente.

El municipio de Manizales como autoridad demandada y la Sociedad J. Robledo & CIA S.C.A. apelaron el fallo de primera, recursos que fueron concedidos mediante proveído del 08 de abril de 2021.

Mediante memorial del 11 de julio de 2023 el señor Herney Márquez Cardona en su calidad de accionante, solicitó dar apertura al incidente de desacato contra Corpocaldas, el municipio de Manizales y la Sociedad J. Robledo & CIA S.C.A por el supuesto incumplimiento de lo ordenado en el fallo proferido por esta Corporación.

El artículo 37 de la ley 472 de 1998 señala que *"El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil..."* y el párrafo primero del artículo 243 del CGP señala que, *"El recurso de apelación contra las sentencias y las providencias listadas en los numerales 1 a 4 de este artículo se concederá en el efecto **suspensivo**. La apelación de las demás providencias se surtirá en el efecto devolutivo, salvo norma expresa en contrario"*.

Ahora bien, respecto del efecto en que se concede a la apelación en el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, el Consejo de Estado en Auto del 25 de septiembre de 2023¹ señaló:

*“2.3. En consideración a todo lo expuesto y en aplicación a lo que prevé el último inciso del artículo 325 del CGP, el Despacho ajustará el efecto en que el Tribunal Administrativo del Magdalena concedió los recursos de apelación interpuestos por la ciudadana Sara Uribe, las sociedades AR CONSTRUCCIONES S.A.S. y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., el Distrito de Santa Marta, el Departamento de Magdalena, el Procurador 13 Judicial II para Asuntos Ambientales y Agrarios del Magdalena, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Alberto de Luque Palencia, Curador Urbano provisional de Santa Marta y Mónica Villalobos Leal, Curadora Urbana Número 2 de Santa Marta contra el fallo del 30 de noviembre de 2022, aclarada a través de proveído del 3 de mayo de 2023, para que se dé trámite a la alzada en el **efecto suspensivo**, de acuerdo con el razonamiento vertido en este proveído”.*

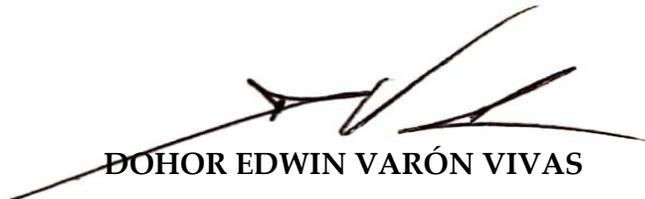
En este orden de ideas, en el caso concreto se tiene que actualmente se surte ante el Consejo de Estado el trámite de apelación de la sentencia proferida por este Tribunal, recurso que como se advirtió se tramita en efecto suspensivo, por lo tanto, no es posible dar trámite al incidente formulado por el demandante toda vez que, no se puede hacer exigible la orden impartida en la sentencia del 12 de marzo de 2021, por cuanto se requiere que sea resuelto el recurso de apelación elevado por los demandados y que ahora se encuentra en estudio del H. Consejo de Estado.

Por lo expuesto, se

Resuelve

NO DAR TRAMITE al incidente de desacato formulado por el demandante.

Notifíquese


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, Exp: 47001-23-33-000-216-00482-01, Auto del 25 de septiembre de 2023, C.P: Dr. Oswaldo Giraldo López.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	17001-23-33-000-2019-00375-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	María Lucía Rueda Valdés
Accionado:	Nación – Ministerio de Defensa y Cremil
Providencia:	Sentencia No. 178

I. Asunto

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán, quien la preside, y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, 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 señora María Lucía Rueda Valdés contra la Nación – Ministerio de Defensa y la Caja de Retiro de las Fuerza Militares de Colombia – CREMIL.

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.

II. Antecedentes

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

- 1. Revocar totalmente las resoluciones N° 2210 de fecha 24 de marzo y N° 9242 del 21 de noviembre 2017, mediante las cuales se resuelve negar el derecho a acceder a la sustitución de asignación de retiro del señor sargento segundo (R) del ejercito José Salomón Tapasco Gañan a la señora María Lucía Rueda Valdés, identificada con cedula de ciudadanía nro. 30.485.038 de Manizales y consecuentemente, se declare que a mi poderdante señora María Lucía Rueda Valdés, le corresponde por ley la*

sustitución pensional y las mesadas pensionales dejadas de cobrar por el causante José Salomón Tapasco Gañan.

2. Ordenar que se expida el acto administrativo en el que se le reconozca y pague la sustitución pensional de retiro reclamado por la señora María Lucía Rueda Valdés en su condición de cónyuge del señor José Salomón Tapasco Gañan, por el valor equivalente al 100% de todos los factores salariales que concurrieron en los pagos que recibía el causante desde el día de su fallecimiento, es decir, desde el día 21 de septiembre de 2015 hasta la fecha del pago efectivo, que fue cuando nació el derecho en cabeza de mi representada.

3. Que se liquiden y cancelen los valores dejados de percibir por conceptos de la sustitución de la pensión de jubilación y la mesada pensional dejada de cobrar por el causante que le corresponde a la señora María Lucía Rueda Valdés, actualizando las mismas como lo establece la ley y reconocidas de acuerdo al IPC o al aumento del salario mínimo según sea más favorable a ella y con los intereses que ello genera.

4. Que se condene a la parte demandada a cancelar las costas procesales y agencias en derecho que se originen en el trámite del presente proceso.

2. Hechos

En síntesis, los siguientes son los fundamentos fácticos de la demanda:

La señora María Lucía Rueda Valdés es la cónyuge sobreviviente del causante señor José Salomón Tapasco Gañan; ellos convivieron de manera ininterrumpida y a la vista de todo el mundo en unión marital de hecho por espacio de 10 años y posteriormente contrajeron matrimonio el día 07 de octubre del año 2013, compartiendo techo, mesa y lecho hasta el día del fallecimiento del señor José Salomón.

El señor José Salomón Tapasco Gañan falleció el día 21 de septiembre de 2015.

Al señor José Salomón Tapasco Gañan no le sobrevivieron hijos.

El señor José Salomón Tapasco Gañan prestó sus servicios a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, siendo pensionado por esa entidad.

Ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL se presentó a reclamar la sustitución pensional la señora María Lucía Rueda Valdés en calidad de cónyuge sobreviviente; el día 18 de enero del año 2016 se envió la documentación requerida por la entidad y luego se allegó otra información adicional solicitada para tales efectos.

El día 30 de marzo de 2017 le notificaron personalmente la Resolución 2210 del 24 de marzo de 2017, en la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- negó el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor José Salomón Tapasco Gañan, señalando que *"Revisado el expediente administrativo del señor Sargento Segundo (R) del ejercito JOSE SALOMON TAPASCO GAÑAN, se encontró lo siguiente: que el militar desde el 03 de abril de 2009 aporta la dirección: calle 110 A nro. 7C-57 en Bogotá D.C, la cual no coincide con lo que manifiesta la señora María Lucía Rueda Valdés, en su declaración", asegurando además que "no se encontró ningún documento que pruebe la convivencia entre el militar y la señora María Lucía Rueda Valdés".*

El día 19 de mayo de 2017 la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución No. 2210 del 24 de marzo de 2017, precisando que *"aunque el día 03 de abril de 2009, el señor JOSE SALOMON TAPASCO GAÑAN aportó como dirección la calle 110A nro. 7C-57 en Bogotá DC., desde ese momento a la fecha han transcurrido 8 años, y en la declaración rendida por mi poderdante señora María Lucía Rueda Valdés, lo que expresa es la última dirección en la que convivió con el militar los últimos 5 años."*

El día 14 de diciembre de 2017, mediante Resolución No. 9242 del 21 de noviembre 2017 el Ministerio de Defensa Nacional, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL- resolvió el recurso de reposición presentado en contra de la resolución nro. 2210 de marzo de 2017, así: *"verificado el expediente administrativo se estableció que no existe prueba dentro del mismo que permita establecer que efectivamente el militar convivió bajo un mismo techo en una relación de afecto y ayuda mutua como marido y mujer con la señora MARÍA LUCIA RUEDA VALDÉS, por algún tiempo anterior a la fecha de su matrimonio (07 de octubre de 2013) y desde dicha fecha hasta el momento del fallecimiento del militar solo transcurrieron dos años".* Por tal razón, en la parte resolutoria de la referida resolución decide: *"confirmar la resolución N° 2210 del 24 de marzo de 2017 por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo."*

Se manifiesta por la parte demandante que el señor José Salomón Tapasco Gañan cubrió todas las necesidades básicas económicas de su familia, conformada por él y la señora Rueda Valdés; recalca que durante más de los 10 años de convivencia y 2 años como cónyuges, la aquí demandante dependió económicamente de él para cubrir absolutamente todos los gastos del hogar, que consistían en alimentación, arrendamiento, pago de servicios públicos, medicamentos, elementos de uso personal, recreación de ambos, entre otros. Se afirma que la actora se dedicó a las labores del

hogar y a atender a su cónyuge, quién dependía en todo sentido de ella por sus condiciones de salud.

Igualmente, se expone que el causante suscribió contrato de servicios funerarios con Funerales y Capillas La Aurora, radicado nro. 370942, del cual se puede evidenciar que la solicitud se realizó el 30-09-2011 con vigencia hasta 29 de junio de 2013, figurando como beneficiarias su sobrina y su esposa María Lucía Rueda Valdés.

También advierte que la señora María Lucía convivió con el causante en la dirección por ella tantas veces relacionada, es decir, Calle 9B Carrera 9-37.

Refiere que la demandante convivió con el causante desde el año 2003 al 2013; y desde octubre de 2013 - fecha de su matrimonio - hasta el día 21 de septiembre del 2015, fecha del fallecimiento de aquel, es decir, por espacio de 12 años.

Concluye que en sede administrativa se aportaron pruebas suficientes que acreditan la convivencia de la pareja durante más de 5 años anteriores a la muerte del pensionado y respecto de las cuales no se hizo la valoración pertinente por la entidad demandada. Luego, estima que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional de acuerdo a lo establecido en el Decreto 4433 de 2004.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Cita como vulneradas, las siguientes normas:

Constitución Política: artículos 2, 4, 5, 13, 25, 29, 43, 44, 45, 48, 53, 58, 67.

Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, artículo 138.

Ley 4 de 1992.

Decreto 4433 de 2004.

Se expone en la demanda que la entidad demandada vulnera los derechos constitucionales de la señora María Lucía, quien ahora vive con muchas penurias económicas, pues carece de medios económicos para poder satisfacer sus necesidades mínimas y se ve obligada a acudir al amparo de sus amigos y familiares, quienes también debido a sus obligaciones, muy poco pueden colaborarle, viéndose así menoscabada su condición como persona, pues ella dependía única y exclusivamente del salario de su compañero permanente José Salomón Tapasco Gañan.

Señala que lo relevante en estos casos es la convivencia de la pareja independientemente de que ello se hubiese dado como compañeros permanentes o

cónyuges, sin que sea dado privilegiar una modalidad respecto de la otra. Indica que el derecho a la seguridad social ampara por igual esas dos formas de unión de pareja, siendo lo efectivamente relevante, la convivencia material durante los últimos años de vida del titular de la prestación.

Se remite al orden de beneficiarios establecido en el Decreto 4433 de 2014 en su artículo 11; y a los requisitos demás requisitos como el de convivencia mínima, establecida en 5 años anteriores a la muerte del pensionado según el parágrafo segundo literal a) de la norma en cita, que dice textualmente:

Parágrafo 2. *Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Defensa.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante y respecto de los hechos aceptó algunos y no le constan los restantes.

Planteó las excepciones que denominó:

“Ausencia de causa petendi – inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”. Aduce que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, pero a su vez, dice que no fue esa entidad la que los expidió.

“La dependencia económica como requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes”. Trae a colación jurisprudencia en relación con la dependencia económica de los padres supérstites que pretenden para sí el derecho a la sustitución pensional y con base en la misma, colige que el mismo requisito se exige entre compañeros permanentes o cónyuges.

“Falta de legitimación en la causa por pasiva”. Señala que el Ministerio de Defensa no expidió los actos acusados; los mismos fueron efectuados por CREMIL, entidad que tiene personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

4.2. Cremil.

Se opone a las pretensiones de la parte demandante al asegurar que no existen elementos de juicio para determinar que efectivamente la peticionaria acredita que estuvo haciendo vida marital con el causante no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte, razón por la cual fue procedente negarle la sustitución pensional mediante Resolución No. 2210 del 24 de marzo del 2017, confirmada por la Resolución No 9242 del 21 de noviembre de 2017 de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de la fuerza pública. Expone que es la convivencia material la que debe demostrarse para acceder al derecho y en este caso, solamente se demuestra tal requisito a partir de la fecha en que la pareja contrajo matrimonio, lapso inferior a cinco años anteriores al deceso del pensionado.

Propone como excepción la “no configuración de causal de nulidad”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Insiste en que la demandante convivió con el señor José Salomón Tapasco Gañan hasta el día de la muerte de éste, vale decir, por espacio de 12 años aproximadamente, de los cuales, los dos últimos, en calidad de cónyuges. Dicha convivencia, según dice, estuvo caracterizada por el amor y la ayuda mutua. Fruto de esa relación no se procrearon hijos.

Se remitió a los testimonios de Andrés Eduardo Medina Arboleda, Edison García Agudelo, Mauricio Rueda Valdés, María Shirley Arboleda de Medina, Miriam Edith Rueda Valdés, Erasmo Herney Londoño Correa, Magali Eugenia Rueda Valdés, José Hernán Bañol Tapasco y Luz Marina Giraldo Giraldo, con los cuales, en su sentir, se prueba la convivencia material de la pareja.

Estima que la entidad no tuvo en cuenta la declaración extrajuicio No. 2471 realizada ante la Notaría Tercera del Círculo de Manizales el 22 de noviembre del año 2013, en la que, el señor José Salomón Tapasco Gañán y la demandante declararon sobre la existencia de su convivencia bajo el mismo techo, compartiendo mesa y en unión marital de hecho desde hacía 10 años y hasta la fecha de su matrimonio ocurrido el 7 de octubre de 2013; momento a partir del cual continuaron conviviendo hasta que el señor falleció.

5.2. Parte demandada.

Reitera los argumentos de defensa expuestos en la contestación. Advierte que a la parte demandante le correspondía, para el éxito de su petitum, demostrar cuál es el vicio del que a su juicio adolece el acto administrativo demandado, situación que no ocurrió en este caso en concreto toda vez que la prueba testimonial en reiteradas oportunidades no pudo concretar lugares específicos en un espacio de tiempo determinado, lo cual impide corroborar su dicho; las declaraciones testimoniales dieron fe de hechos generales y comunes, mas no aportaron elementos de convicción que permitan en su conjunto obtener un grado de convencimiento de la existencia de la convivencia y dependencia económica.

5.3. Cremil.

Indica que, pese a los testimonios recepcionados en audiencia de pruebas, persiste la falta de certeza respecto a la convivencia bajo un mismo techo, en una relación de afecto y ayuda mutua como marido y mujer entre la solicitante y el señor José Salomón Tapasco Gañán, esto durante al menos cinco años continuos. No obran en el proceso que nos ocupa pruebas testimoniales y/o documentales que sean determinantes para establecer el lapso de convivencia entre la demandante y el militar antes de haber contraído matrimonio, toda vez que, entre dicho acto solemne y la fecha de fallecimiento del señor Tapasco Gañán sólo transcurrieron dos años; luego, se incumple con el requisito consagrado en el parágrafo 2° del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Señala que, de acuerdo con la revisión del expediente administrativo, se pudo concluir que la señora María Lucía Rueda Valdés no pudo acreditar la convivencia con el militar en mención; no se hallaron elementos de juicio para determinar que efectivamente la peticionaria estuvo haciendo vida marital con el causante no menos de cinco (5) años continuos, razón por la cual fue procedente negarle a la peticionaria la sustitución pensional mediante Resolución No. 2210 del 24 de marzo del 2017, confirmada por la resolución No 9242 del 21 de noviembre del 2017, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del parágrafo 2 del artículo 11, del Decreto 4433 de 2004.

5.5. Ministerio Público: No realizó pronunciamiento alguno.

Consideraciones de la Sala

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

➤ ¿La demandante acredita los requisitos legales para acceder al derecho a una sustitución pensional en calidad de compañera permanente y cónyuge del causante, señor José Salomón Tapasco Gañán?

1. Marco normativo de la sustitución pensional.

La sustitución pensional tiene como finalidad proteger a la familia, al cónyuge o compañero o compañera permanente que dependía económicamente del pensionado que fallece, evitando que además del dolor que conlleva dicha pérdida, se generen otros efectos colaterales en las condiciones de vida de la familia, especialmente en materia económica.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional¹ ha sostenido que existe un vínculo indiscutible entre la pensión de sobrevivencia y los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna, ya que esa prestación otorga a los beneficiarios la garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado.

Al respecto conviene precisar que, en relación con la normativa aplicable respecto a la sustitución de la pensión ordinaria, ha sido diáfano el Consejo de Estado en disponer que las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esa Corporación².

1.1. Regulación especial de la sustitución de la asignación de retiro, vigente al momento del deceso del causante.

¹ Sentencia T-140 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² V. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

En el caso de las Fuerzas Militares, su régimen ha sido desarrollado principalmente por la Ley 923 de 1994 y el Decreto 4433 de 2004. En este último cuerpo normativo se estableció la «sustitución de la asignación de retiro» como equivalente de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, previstas en el régimen general de pensiones.

En cuanto a la definición legal de la sustitución de la asignación de retiro, el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, establece:

«A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante».

Igualmente, el orden y la proporción en que recibirán los beneficiarios la sustitución de la asignación de retiro, se encuentra dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, en los siguientes términos:

«Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañera o compañero permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

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

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

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

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

Se tiene entonces que las Fuerzas Militares gozan de un régimen exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, el cual se continúa aplicando con fundamento en el párrafo transitorio 2 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, a cuyo tenor literal:

"Parágrafo transitorio 2. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

Así pues, de conformidad con el régimen pensional de las fuerzas militares, el requisito para acceder a la sustitución pensional consiste en que el cónyuge o la compañera o compañero superviviente acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Este requisito coincide con el previsto en el régimen general de pensiones, vigente a la fecha de fallecimiento del pensionado, aunque no aplicable al sub examine en virtud de la exclusión prevista en el artículo 279 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 1 del Acto Legislativo citado ut supra.

Conviene señalar igualmente que, no existe tarifa legal para probar la condición de compañera o compañero permanente ni para acreditar el periodo de convivencia mínimo requerido; luego entonces, puede acudir para ello a los medios de prueba ordinarios establecidos en el Código General del Proceso en aras de demostrar la convivencia material y efectiva de la pareja.

2. Análisis jurisprudencial.

La Corte Constitucional ha abordado el estudio del derecho a la seguridad social a partir de su consagración constitucional (artículo 48), dejando en evidencia que se trata de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, que debe ser garantizado a todos los colombianos en pie de igualdad.

En relación con la protección derivada de la contingencia por muerte del afiliado cotizante o del pensionado, ha precisado lo siguiente²:

[...]

3.3. Específicamente, frente a la pensión de sobrevivientes, esta Corporación ha indicado que aunque la ley la regula en términos generales, esta figura concibe dos supuestos diferentes: la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes propiamente dicha^[80].

Ambos conceptos han sido analizados por esta Corte al desarrollar lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por ejemplo, en la sentencia T-071 de 2019^[81] se indicó:

“De la norma precitada, la jurisprudencia constitucional distingue dos modalidades para hacerse beneficiario de la prestación en cuestión; por una parte, la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular pensionado por vejez o invalidez-, por lo que ocurre strictu sensu una sustitución pensional. Por otra parte, el reconocimiento y pago de una nueva prestación de la que no gozaba el causante, quien era un afiliado, caso en el cual, ‘se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior’”^[82].

Así las cosas, al precisar el propósito de la sustitución pensional, la sentencia T-685 de 2017^[83] señaló que:

“Esta prestación tiene la finalidad constitucional de garantizar condiciones de vida digna a los familiares del causante que en vida dependían económicamente de él; así pues, la sustitución pensional está inspirada en los principios de estabilidad económica y social para los allegados del causante, reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados; y, universalidad del servicio público de seguridad social.”

En ese sentido, y teniendo en cuenta las particulares del caso que hoy se analiza, es claro que el supuesto de derecho que puede estar en cabeza de la accionante es el de la sustitución pensional, por lo que en adelante, cuando se haga alusión a la pensión de sobreviviente, deberá entenderse que se refiere a la sustitución^[84].

En tratándose del cónyuge, compañera o compañero permanente, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho; así lo ha dejado claro la Corte Constitucional al considerar al respecto que³:

[...] La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido²⁴. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.” /rtv/

³ sentencia T1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Así mismo, el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de octubre de 2008, expediente No. 0757-04, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, advirtió lo siguiente:

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

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

“3. Principio material para la definición del beneficiario:

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

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

Entonces, corresponde al Juez Colegiado, determinar si en el asunto de marras se acreditan los requisitos y condiciones establecidos por la ley para la sustitución pensional deprecada, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso bajo estudio.

3. Caso concreto.

De las pruebas allegadas al proceso se desprende lo siguiente:

- El señor José Salomón Tapasco Gañán era titular de una asignación mensual de retiro reconocida por CREMIL, tal y como lo reconoce la misma entidad en los actos administrativos cuya nulidad se deprecia. (Archivo 001/

- El señor José Salomón Tapasco Gañán y la señora María Lucía Rueda Valdés contrajeron matrimonio el 7 de octubre de 2013 de conformidad con el Registro Civil expedido por la Notaría Tercera del Círculo de Manizales. /Archivo 001/
- El señor José Salomón Tapasco Gañán falleció el 21 de septiembre de 2015 según da cuenta el Registro Civil de Defunción aportado al Expediente. /Archivo 001/
- Mediante Resolución No. 2210 del 24 de marzo de 2017, CREMIL le negó a la aquí demandante el reconocimiento de la sustitución de la pensión que en vida recibía el señor Tapasco Gañán, argumentando para el efecto que, en declaración extraproceso rendida por la referida señora el 28 de abril de 2016 en la Notaría Tercera del Círculo de Manizales, ésta manifestó que el domicilio de la pareja en los últimos 5 años estaba ubicado en la Carrera 8 # 9-37 esquina Bellavista Chipre de la ciudad de Manizales. Que no obstante, revisado el expediente administrativo del Sargento Segundo ® del Ejército Nacional Tapasco Gañán, se encontró que el militar, desde el 3 de abril de 2009 aportó la dirección Calle 110 A No. 7 C – 57 de Bogotá D.C., la cual no coincide con la indicada por la aquí demandante en dicha declaración extrajuicio. Adujo la entidad que no fueron aportadas las pruebas que acreditaran la convivencia anterior al matrimonio y por lo tanto, no halló reunido el requisito de convivencia por lo menos de 5 años con anterioridad a la muerte del pensionado. /Archivo 001/
- A través de la Resolución No. 9242 del 21 de noviembre de 2017, se confirmó el anterior acto administrativo bajo las siguientes consideraciones:

“Verificado el contenido de la Resolución No. 2210 del 24 de marzo de 2017 se estableció que en su petición inicial de reconocimiento de la referida prestación a su favor y en el escrito de recurso de reposición, la señora MARIA LUCIA RUEDA VALDES manifiesta que convivió con el citado militar desde el año 2003 hasta el 06 de octubre de 2013 en calidad de compañera permanente y desde el 07 de octubre de 2013 hasta la fecha de su fallecimiento en calidad de cónyuge, de cuya unión no procrearon hijos.

Verificado el respectivo expediente administrativo se estableció que no existe prueba dentro del mismo que permita establecer que efectivamente el militar convivió bajo un mismo techo en una relación de afecto y ayuda mutua como marido y mujer con la señora MARIA LUCIA RUEDA VALDES por algún tiempo anterior a la fecha de su matrimonio (07 de octubre de 2013) y desde dicha fecha hasta el momento del fallecimiento del militar solo transcurrieron dos años.

Ahora bien, el derecho a la sustitución pensional, solo se adquiere por acreditar unos requisitos especialísimos como hacer vida en común con

el militar brindarle ayuda y socorro por lo menos durante cinco años anteriores a la fecha de su fallecimiento requisitos que la señora MARIA LUCIA RUEDA VALDES no acredita plenamente ante la entidad tal y como indica el artículo 11 del Decreto 4433/04.

Por todo lo anterior se verifica total armonía del acto recurrido con la Constitución Política y las normas legales que regulan la prestación no hallándose lugar para que proceda la reposición del mimo debiéndose en consecuencia confirmarlo por encontrarse ajustado a derecho.” /Archivo 001/

- Obra en el plenario el carné de servicio de salud del señor José Salomón Tapasco Gañán, expedido por la Dirección General de Sanidad Militar, con fecha de afiliación, octubre 6 de 199. De igual forma, obra el carné de servicio de salud de la señora María Lucía Rueda Valdés, expedido por la misma entidad, con fecha de afiliación del 27 de mayo de 2015. /Archivo 001/
- Fue aportado al proceso la constancia expedida por Servicios Exequiales La Aurora S.A. a solicitud de la señora Rueda Valdés. /Archivo 001/
- De igual forma, se observa certificación suscrita por el representante legal de la inmobiliaria Castro Rosero, en la cual se señala “Que a la señora MYRIAM EDITH RUEDA VALDEZ Identificada con cedula de ciudadanía N° 24.710.803, le tuvimos rentado con nuestra agencia un inmueble en la ciudad de Manizales (Caldas) relacionado así: Barrio el sol carrera 22 N° 21.148 desde el 01 mes de agosto del año 2013 hasta el 30 de enero de 2014; cancelaba un canon de arrendamiento mensual de cuatrocientos veinte mil pesos (\$420.000).” /Archivo 001/
- Se observa en el expediente unos registros fotográficos en donde aparecen varias personas departiendo; la parte demandante aduce que entre ellas se encuentran la aquí demandante y el causante. No se registra la fecha y el lugar donde fueron tomados. /Archivo 01/
- Frente a las declaraciones notariales extrajudiciales de terceros, conviene tener en cuenta el valor probatorio que ha de darse a esta prueba de conformidad con lo siguiente:

Artículo 188. *Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo [221](#).*

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A os <sic, los> testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo [222](#). Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.

Artículo 222. *Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, **siempre que esta lo solicite**. /rft/*

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.

En el sub examine no fue solicitada la ratificación de las declaraciones extrajudicio aportadas con la demanda y que igualmente obran en el expediente administrativo, razón por la cual, sin necesidad de requisitos adicionales, pueden ser válidamente valoradas por este cuerpo colegiado las rendidas el 7 de septiembre de 2017 ante la Notaría Tercera del Círculo de Manizales, por las siguientes personas: Edison García Agudelo, María Shirley Arboleda de Medina y César Augusto Agudelo Henao, quienes manifiestan lo siguiente:

“que conocen a la señora MARIA LUCIA RUEDA VALDES y les consta que “CONVIVIO bajo el mismo techo compartiendo mesa y lecho ininterrumpidamente y en unión libre desde el año 2003 y posteriormente se casaron por lo civil el día 7 de octubre del año 2013, con el señor JOSE SALOMON TAPASCO GAÑAN, quien en vida se identificaba con la cedula número 1.380.775 expedida en Riosucio y quien falleció el día 21 de septiembre del 2015. De esta unión no procrearon hijos. Declaro de igual manera que desconozco a otras personas que se puedan acreditar como esposa, compañera permanente, hijo legítimo, extramatrimonial o adoptivo con igual o mejor derecho para reclamar en razón del deceso del señor JOSE SALOMON TAPASCO GAÑAN. TERCERO: Manifiesto además que la señora MARIA LUCIA RUEDA VALDES, dependía económicamente de su esposo JOSE SALOMON ya que era el quien cubría todas sus necesidades básicas, velaba por su bienestar y manutención hasta el día de su fallecimiento.”

También obra la declaración del señor José Hernán Bañol Tapasco, rendida el 23 de agosto de 2017 en la Notaría Segunda del Círculo de Palmira – Valle, quien afirmó:

Declaro bajo la gravedad del juramento que conocí de vista, trato y comunicación, desde que tengo uso de razón hasta el día de su deceso el 21 de septiembre de 2015 al señor JOSE SALOMON TAPASCO GANAN (Q.E.P.D), quien en vida se identificó con C.C.No.1.380.775 de Riosucio, con registro civil de defunción No.08870300 de la Notaría

Segunda de Manizales. Declaro que el señor era de estado civil casado con la señora MARIA LUCIA RUEDA VALDES identificada con CC, No 30 285 038 a quien conozco desde enero del 2002 hasta la fecha de hoy y con quien el fallecido convivió de manera pública, permanente e ininterrumpidamente compartiendo techo, lecho y mesa, desde el año 2001 en Unión Libre, contrayendo matrimonio el día 07 de octubre de 2013, convivencia que fue hasta el día 21 de septiembre de 2015, día del sensible fallecimiento del señor sin ninguna separación. Manifiesto que los señores tenían su domicilio y residencia en la Ciudad de Manizales, donde conformaban su grupo familiar. Declaro que de esta unión no procrearon hijos Manifiesto que el fallecido no deja otro hogar, no deja hijos extra matrimoniales menores de edad, ni adoptivos ni en proceso de adopción o discapacitados, que la señora dependía moral económica y en todo sentido de su esposo desde el inicio de su convivencia dedicándose de tiempo exclusivo al hogar y no existe otra persona con mejor derecho para reclamar la pensión de supervivencia que su señora Esposa.”

De igual manera, reposa la declaración de la señora Claudia Tapasco Osorio, rendida el 5 de mayo de 2017 en la Notaría Tercera del Círculo de Manizales, quien manifestó:

“Manifiesto por medio de la presente declaración bajo la gravedad de juramento que conozco desde el año de 1993 a la señora MARIA LUCIA RUEDA VALDEZ identificada con cedula de ciudadanía número 30.285.038 de Manizales y por nuestra relación familiar sé y me consta que CONVIVIO con mi tío bajo el mismo techo compartiendo mesa y lecho ininterrumpidamente en unión libre y luego en matrimonio civil desde el año de 2001 en unión libre y desde el 07 de octubre de 2013 se casó por lo civil, con JOSE SALOMON TAPASCO GAÑAN, quien en vida se identificó con cedula número 1.380.775 de Riosucio, hasta la fecha de su fallecimiento, hecho ocurrido el día 21 de septiembre de 2015. De esta unión no procrearon hijos. Declaro de igual manera que desconozco de otras personas que se puedan acreditar como compañera permanente, hijo legítimo extramatrimonial o adoptivo con igual o mejor derecho para reclamar en razón de deceso de mi tío JOSE SALOMON TAPASCO GAÑAN.”

También fue aportada al proceso la declaración extraprocesal rendida en vida por el señor José Salomón y por la señora Rueda Valdés el 22 de noviembre de 2013, ante la Notaría Tercera del Círculo de Manizales, en donde dejan consignado lo siguiente:

“Manifestamos por medio de la presente declaración bajo la gravedad de juramento que CONVIVIMOS bajo el mismo techo, compartiendo mesa y en unión marital de hecho desde hace 10 años, hasta la fecha de nuestro matrimonio, hecho ocurrido el día 07 de octubre de 2013, a partir de dicha fecha y hasta el día de hoy, continuamos conviviendo bajo el mismo techo, compartiendo mesa y lecho y unidos por el vínculo matrimonial.”

/Archivo 01/

- En audiencia realizada en este proceso el 31 de marzo de 2022, se recibieron los siguientes testimonios:

- Andrés Eduardo Medina Arboleda.

Manifestó que conoce a la señora María Lucía Rueda Valdés hace 25 años aproximadamente; desde pequeño ha tenido contacto con la familia de dicha señora, quien residió primero en la casa de la Enea; allí la visitaba el señor Salomón; después la señora Rueda Valdés se fue a vivir con don Salomón, primero en la carrera 24 de la ciudad de Manizales, a una cuadra del Parque Caldas, en una casa esquinera, entre el año 2011 y 2012 aproximadamente; después en el barrio el Sol, en la 50 detrás del parque de la mujer, en el año 2013; luego en la Enea, en una casa con antejardín, desde finales de 2013 a 2014 más o menos; y luego en el barrio Chipre entre 2014 y 2015; hace una descripción detallada de la dirección de las viviendas y de su interior . Afirma que la aquí demandante se dedicó a cuidar a don Salomón, primero en la carrera 24 en el año 2011, donde vivía con él y unos hermanos del señor, llamados Lina y Serafín; le consta porque los visitaba y acompañaba recurrentemente a esta última a hacer diligencias. Afirma que antes del año 2011, don Salomón vivía en el barrio Cervantes de esta ciudad pero que no llegó a visitar ese predio; desde antes del año 2011 el señor Salomón y la señora María Lucía se visitaban y eran pareja.

Dice que la última vez que vio a don Salomón fue en la casa de Chipre, estuvieron conversando un rato en la sala de la casa; eso fue a finales del año 2014 o comienzos del año 2015. Allí vivía con María Lucía. Indica que los gastos de la casa los asumía don Salomón y le consta porque cuando lo visitaba, escuchaba cuando María le solicitaba dinero para comprar víveres.

- Edison García Agudelo.

Manifestó que conoció al señor Salomón en el año 2003 en razón a que Magaly – hermana de la señora María Lucía – era docente en el colegio en donde el testigo también laboraba como docente y en razón a ello tuvo contacto con dicha familia.

Dice que conoció al señor Salomón en la casa familiar de la Enea, donde vivía María con las hermanas; allí se lo presentaron como el compañero de la aquí demandante; Señala que el señor Salomón y la señora María Lucía convivieron en la Enea cerca a la casa familiar, luego se pasaron al barrio el Sol, después regresaron al barrio la Enea y posteriormente se ubicaron en el barrio Chipre. No recuerda en qué fecha la pareja vivió en los barrios referidos.

Informa que los visitaba cada mes o cada dos meses; que los gastos del hogar los sufragaba don Salomón porque María no tenía empleo.

- **Mauricio Rueda Valdés.**

El testigo es hermano de la señora María Lucía Rueda Valdés; dice que conoció al señor José Salomón Tapasco Gañán personalmente desde el año noventa y cuatro porque desde esa data convivía con su hermana en el barrio Cervantes, como compañeros. Lo describe como un hombre bajito, gordito, trigueño, le gustaba mucho tocar la trompeta porque cuando estaba en el ejército interpretaba dicho instrumento musical; aclara que convivieron como tal desde el año 2003, es decir, con la intimidad propia de una pareja; vivieron bajo el mismo techo en el barrio San Joaquín por la calle veinticuatro; después en el barrio el Sol por la calle 50; y después en el barrio la Enea, más arriba de la casa familiar – por la Enea Vieja – y luego se fueron a vivir al barrio Chipre, a una casa esquinera.

Responde que en el año 2003 el testigo vivía en el barrio la Enea, en la casa familiar, aunque por su trabajo también se desplazaba a otros sitios. Aduce que visitaba a la mencionada pareja esporádicamente y cuando el señor Salomón murió, ellos vivían en la casa del barrio Chipre.

- **María Shirley Arboleda de Medina.**

Manifiesta que fue vecina de la señora María Lucía en el barrio La Enea. Refiere que conoció al señor Salomón y lo describe como un hombre de estatura baja, de tez morena, oriundo del municipio de Riosucio, Caldas, educado, formal. Lo conoció desde antes de 2003, más o menos desde el año 1994, en la ciudad de Manizales, en la casa de María Lucía en la Enea. Se lo presentó María como su compañero sentimental y que él le ayudaba para todo. Dice que la pareja se fue a vivir juntos en el año 2003, en el barrio Cervantes, allí los visitó una sola vez; en el 2015, vivían en Chipre. Tuvo conocimiento que al señor Salomón le hicieron una cirugía en la cabeza.

- **Mirian Edith Rueda Valdés.**

La testigo es hermana de la señora María Lucía Rueda Valdés. Recuerda que conoció al señor José Salomón cuando él vivía en Cervantes, en el año 2003. Lo describe como un hombre de estatura media, de tez no muy blanca, no muy delgado, más bien acuerpado. El referido señor vivía con María Lucía y con la hermana, de nombre Virgelina, a quien le decían Lina.

Afirma que cuando la pareja se fue a convivir, ella le prestaba ayuda al señor Salomón para los contratos de arrendamiento, porque como él era pensionado no le hacían contrato, entonces ella lo suscribía por él y este le entregaba el dinero para cancelarle a la inmobiliaria. En la casa de Chipre – propiedad de la testigo – no les cobraba arriendo. Aduce que los visitaba frecuentemente, en las tardes cuando salía del colegio, los fines de semana. Dice que María se dedicó a las labores del hogar; se refirió a una cirugía en la cabeza que le hicieron al señor Salomón.

- **Erasmus Herney Londoño.**

Afirma que es amigo de la aquí demandante, a quien conoció por intermedio de la hermana Mirian, quien se desempeñaba como Secretaria en el colegio en donde él laboraba. Dice que conoció a don Salomón en el año 2010, cuando María lo invitó a almorzar en la casa ubicada en Cervantes; según dice, allí vivía con María Lucía, la hija de ésta y Virgelina.

- **Magali Eugenia Rueda Valdés.**

La testigo es hermana de la señora María Lucía Rueda Valdés. Dice que conoció personalmente al señor Salomón, que era bajito, trigueño, de contextura media. Que lo distinguió desde 1995 pero lo conoció de manera directa en el año 2003 cuando su hermana María Lucía se lo presentó formalmente.

Dice que en el año 1995 el señor Salomón ya estaba pensionado y vivía en Cervantes. Del año 2003 en adelante ellos ya convivían. El referido señor se encargaba del sostenimiento de la aquí demandante. Expresa que la relación de la pareja era buena, que la convivencia entre 2003 y 2015 fue continua.

- **José Hernán Bañol Tapasco.**

El testigo es sobrino del señor José Salomón Bañol Tapasco. Dice que la señora María Lucía Rueda Valdés fue la esposa de su tío José Salomón. Lo describe como un hombre de estatura media – baja y contextura un poco gruesa. Dice que conoció a la pareja mucho antes de que contrajeran matrimonio y le consta porque los visitaba en el barrio Cervantes, en el año 2002. Recuerda que la última vez que vio a su tío fue en el año 2010, en Cervantes. Posteriormente, solamente mantenían contacto telefónico. Nunca supo que la pareja se hubiese separado.

- **Luz Marina Giraldo Giraldo.**

Manifiesta que es amiga de la aquí demandante. Afirma que conoció al señor Salomón en el año 2009, cuando la invitaron a almorzar en la casa de María Lucía y el referido señor. Lo describe como un hombre trigueño, de estatura mediana. Se lo presentó María y allí supo que vivían juntos en el barrio Cervantes. Recuerda que la última vez que vio al señor Salomón fue en el año 2015, en el barrio Chipre; iba mucho con su amiga Mirian a almorzar a la casa de la pareja.

Análisis de las pruebas.

Entre el acervo probatorio allegado al proceso, ciertamente, se observa un registro fotográfico en el que aparece la señora María Lucía Rueda Valdés y el señor José Salomón Tapasco Gañán departiendo junto a otras personas. No obstante lo anterior, se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que las fotografías fueron tomadas, lo cual impide su valoración por parte de este juez colegiado.

En gracia de discusión, de las mismas no se concluye nada diferente a que la aquí demandante y el señor Salomón se conocían y llegaron a departir juntos en fechas especiales y de manera pública; de ahí que ese medio de convicción resultare, en todo caso, precario en aras de acreditar la convivencia material de la pareja y el tiempo mínimo exigido en la ley.

Por otro lado, las declaraciones extraproceso adosadas al plenario dan cuenta del conocimiento que tuvieron los deponentes sobre la existencia de la relación entre la señora María Lucía Rueda Valdés y el señor José Salomón Tapasco Gañán, la cual, según indican, inició en el año 2003 y se extendió hasta el 21 de septiembre de 2015, fecha en que falleció el referido señor; así pues, tales declaraciones dan cuenta del extremo inicial y el extremo final de la relación de pareja así constituida.

Nótese, sin embargo, que las afirmaciones que allí se hacen no explican las circunstancias de modo y lugar en que tuvo lugar la convivencia entre la mencionada pareja y tampoco dejan ver las razones por las cuales los declarantes tuvieron conocimiento de los hechos; de ahí que resulte necesario avanzar con el examen de los demás elementos de prueba adosados al expediente en aras de establecer si concuerdan y se complementan entre sí.

Ahora bien, escuchados los testimonios rendidos dentro del proceso se puede colegir que entre la demandante y el causante Tapasco Gañán existió una relación sentimental de larga data y no un vínculo pasajero, esporádico o de último momento. Todo indica que la pareja se conocía antes del año 2003 pero fue a partir de esa data que

comenzaron a convivir de manera permanente en el barrio Cervantes de la ciudad de Manizales. Así lo relatan varios de los testigos escuchados en audiencia y eso resulta concordante con la declaración extraprocesal rendida en vida por el señor José Salomón y por la señora Rueda Valdés el 22 de noviembre de 2013, ante la Notaría Tercera del Círculo de Manizales, en donde dejaron consignado que convivieron bajo el mismo techo, compartiendo mesa y en unión marital de hecho desde hacía 10 años, es decir, desde el año 2003 hasta la fecha de su matrimonio, ocurrido el día 7 de octubre de 2013 y de ahí en adelante como cónyuges.

De la convivencia en el barrio Cervantes de esta ciudad hasta el año 2010 aproximadamente, da cuenta el relato de José Hernán Bañol Tapasco (sobrino del señor Salomón) y Erasmo Herney Londoño.

Resulta igualmente útil el testimonio del señor Andrés Eduardo Medina Arboleda, especialmente para describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la convivencia sub examine a partir del año 2011, pues de su relato emergen detalles importantes en relación con la dirección de las viviendas y el periodo en que en cada una de ellas residió la pareja, llegando incluso a describirlas internamente y justificando la razón de su conocimiento.

Los señores Mauricio Rueda Valdés y Edison García Agudelo coinciden con el señor Medina Arboleda en que la pareja vivió en varios barrios de Manizales, a saber: Por la calle veinticuatro; después en el barrio el Sol por la calle 50; luego en el barrio la Enea, más arriba de la casa familiar – por la Enea Vieja – y posteriormente se fueron a vivir al barrio Chipre, a una casa esquinera.

De la convivencia de la pareja no solamente dieron cuenta los familiares y amigos de la demandante sino también familiares del propio causante, como es el caso del señor José Hernán Bañol Tapasco, siendo por tanto necesario advertir al respecto que, el vínculo filial no puede ser la única razón para cuestionar la credibilidad de un testigo; ello debe ser el resultado de la valoración de sus dichos, de su coherencia y solidez.

Y en el sub examine, los testimonios recaudados se complementan entre sí y guardan una relación sustancial con las demás pruebas obtenidas en el proceso.

En suma, las pruebas en su conjunto permiten establecer que entre el causante y la demandante existió la voluntad de compartir una vida en común, prodigándose afecto, compañía, apoyo moral y económico. Entre ambos se mantuvo una relación de pareja no sólo en los últimos 5 años anteriores a la muerte del pensionado sino durante más

de una década. La demandante tuvo la calidad de compañera permanente del pensionado la mayor parte del tiempo; y a partir del 7 de octubre de 2013 como su cónyuge, hasta el 21 de septiembre de 2015, fecha en que aquel falleció.

Siendo ello así, le asiste derecho a la señora María Lucía Rueda Valdés para reclamar en su favor el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite del señor José Salomón Tapasco Gañán; prestación que debe ser asumida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

4. Prescripción.

Sobre el particular, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004⁴ preceptúa:

***Artículo 43. Prescripción.** Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.*

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

[...]

La obligación se hizo exigible en este caso a partir de la fecha de la muerte del pensionado (21 de septiembre de 2015) y la reclamación administrativa se hizo el 18 de enero de 2016, es decir, dentro de los tres años siguientes a la causación. Sin embargo, como la reclamación interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual, la demandante tenía hasta el 18 de enero de 2019 para radicar la demanda, lo cual hizo sólo hasta el 21 de marzo de 2019, provocando la prescripción trienal de las mesadas anteriores al 21 de marzo de 2016; luego entonces, se reconocerá la sustitución pensional en favor de la demandante desde el 21 de septiembre de 2015 pero con efectos fiscales desde el 21 de marzo de 2016, por prescripción trienal.

5. Restablecimiento del Derecho.

Además de la nulidad de las Resoluciones N° 2210 de fecha 24 de marzo y N° 9242 del 21 de noviembre 2017, mediante las cuales se resuelve negar el derecho a la sustitución de asignación de retiro del señor sargento segundo (R) del Ejército José Salomón Tapasco Gañán a la señora María Lucía Rueda Valdés, se ordenará, a título de

⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

restablecimiento del derecho, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares– CREMIL reconozca y pague a la señora María Lucía Rueda Valdés la sustitución de la pensión deprecada en calidad de cónyuge supérstite, a partir del 21 de septiembre de 2015 pero con efectos fiscales desde el 21 de marzo de 2016, por prescripción trienal; sumas que se actualizarán con los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula de las matemáticas financieras:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión de sobrevivientes hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la pensión de sobrevivientes (sustitución pensional) que se dejó de devengar desde el 21 de marzo de 2016, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

6. Costas.

El artículo 188 del CPACA dispone que:

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

<Inciso adicionado por el artículo [47](#) de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de 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 bien, revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderado judicial durante el trámite de primera instancia, desplegando acciones útiles para la defensa de los intereses de la parte actora, razón por la cual se condena en costas (gastos y agencias en derecho) a la parte demandada y en favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

III. Falla

Primero: Se declara fundada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional. Se declaran infundadas las demás excepciones.

Segundo: Se declara la nulidad de las Resoluciones N° 2210 de fecha 24 de marzo y N° 9242 del 21 de noviembre 2017, mediante las cuales CREMIL resuelve negar el derecho a la sustitución de la asignación de retiro del señor sargento segundo (R) del Ejército José Salomón Tapasco Gañán a la señora María Lucia Rueda Valdés.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho,

Se ordena a la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL**, reconocer y pagar a la señora María Lucia Rueda Valdés, en su condición de cónyuge supérstite del causante José Salomón Tapasco Gañán, la sustitución de la pensión a partir del 21 de septiembre de 2015 pero con efectos fiscales desde el 21 de marzo de 2016, por prescripción trienal.

Las sumas que se reconozcan deberán ser actualizadas conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

⁵ 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.

La parte demandada **DARÁ** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C/CA (Ley 1437/11).

Tercero: Se condena en costas a la parte demandada y en favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

Cuarto: Se acepta la renuncia de poder presentada por el Dr. Manuel Crisanto Monroy Rojas como apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa. Se reconoce personería para actuar como apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa, al abogado William Ricardo Gómez Sierra, portador de la Tarjeta Profesional No. 139.152 del C. S. de la J.

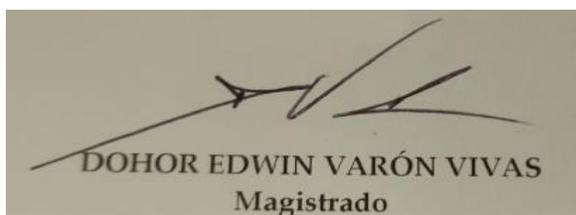
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere, y **archívese** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de 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, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado	17-001-23-33-000-2019-00479-00
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Rubiela Mahecha León
Accionado	La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Samaná – Caldas
Providencia	Sentencia No. 182

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, 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 señora Rubiela Mahecha León contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Samaná - Caldas.

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.

1. Pretensiones.

*“1. Que se declare la nulidad de la decisión contenida en el acto administrativo Resolución **177 de 14 de mayo de 2019** por (sic) el **MUNICIPIO DE SAMANÁ** frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, realizada el **08 de abril de 2019** y causadas en el (los) año (s) **1995, 1996, 1997, 1998 y 1999**; las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.*

*2. Que se declare la nulidad de la decisión contenida en el Oficio **PS-0797 del 11 de abril de 2019**, proferido por **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**; frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, causadas en el (los) año (s) **1995, 1996, 1997, 1998, 1999** y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.*

*3. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el **MUNICIPIO DE SAMANÁ***

y la NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, causadas en el año 1995, 1996, 1997, 1998 y las siguientes que se causaron hasta el año 1999.

4. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el **MUNICIPIO DE SAMANÁ y la NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconozca y pague la sanción moratoria, derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo.

CONDENAS:

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

1. Se condene al **MUNICIPIO DE SAMANÁ y la NACIÓN MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, en el (los) año (s) **1995, 1996, 1997, 1998, 1999**, y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías.

2. Se condene al **MUNICIPIO DE SALAMINA y la NACIÓN - MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 del 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en el (los) año (s) **1995, 1996, 1997, 1998, 1999** con permanencia en el tiempo hasta cuando se efectuó el pago correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

3. Se ordene al **MUNICIPIO DE SALAMINA y la NACIÓN MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

4. Que ordene el cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

5. Condenar en costas a la entidad demandada.”

2. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda se indica lo siguiente:

La señora Rubiela Mahecha León labora en el Municipio de Samaná - Caldas desde 1995, 1996, 1997, 1998, 1999 y a la fecha presta sus servicios en la entidad territorial.

El municipio de Samaná no consignó dentro del plazo fijado en la ley, las cesantías correspondientes a los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

El 8 de abril de 2019 se presentó reclamación ante la entidad territorial con la finalidad de que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución 177 del 14 de mayo de 2019.

El 6 de abril de 2019 se presentó reclamación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en el año 1999; dicho ente expidió el Oficio PS-0797 del 11 de abril de 2019, mediante el cual remitió la petición a la Fiduprevisora S.A.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política; artículos 13 y 15 de la Ley 344 de 1946; Artículo 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998; Artículo 1 y 2 del Decreto 1252 de 2000; Ley 91 de 1989 y Decreto 3118 de 1968.

Indicó que las cesantías fueron consagradas en la Ley 6 de 1945 como un derecho del trabajador y una obligación a cargo del Estado. Y por su parte el Decreto 3118 de 1968 determinó como uno de los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro el pago oportuno de las cesantías a los empleados públicos y trabajadores oficiales, es decir, que las cesantías dejaron de ser una obligación de la Caja Nacional de Previsión Social.

Precisó que las cesantías así concebidas se liquidaban con base en el régimen de retroactividad; no obstante, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se estableció una forma diferente de liquidación, la cual se aplicó a las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Pese a ello, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se consagró el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia; y el Decreto 1582 de 1998 estableció un nuevo régimen de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996. En este orden de ideas, los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 se encuentran cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad, pero que se hubieran acogido a este régimen; y para la liquidación y pago se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y demás normas concordantes.

Explicó que, en consecuencia, se evidencian dos sistemas de liquidación de cesantías para los servidores públicos del orden territorial: 1. El sistema retroactivo de cesantías, que se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses, determinado por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la reglamentan o modifican, el cual se aplica para los vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. Y 2. El sistema de liquidación definitiva anual, manejado a través de los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, aplicado para los vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

Adujo que los docentes municipales son empleados públicos, y resaltó que su régimen de prestaciones sociales, que incluye no solo al personal nacional y nacionalizado sino también al territorial, está establecido en la Ley 91 de 1989 para el personal que figure vinculado

antes del 31 de diciembre de 1989; y el que ingresó con posterioridad, se rige por las normas aplicables a los empleados del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993.

Aseguró que por ello existe una diferencia entre el régimen prestacional de los servidores públicos vinculados antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y los vinculados con posterioridad, pues los primeros conservan el régimen de liquidación retroactiva, mientras que los segundos se rigen por el régimen de liquidación anualizada.

Indicó que la mencionada Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual atiende las prestaciones sociales de los docentes vinculados antes o después de la expedición de esa norma, y de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de esta disposición, el fondo debe pagar a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, o proporcionalmente, sobre el último salario devengado; y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y los nacionales, el fondo reconocerá un interés anual sobre el saldo de esas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo a la certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la Ley 812 de 2003 previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentra vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

Precisó en cuanto a la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que la Ley 43 de 1975 ordenó la nacionalización de la educación, y señaló que quedarían automáticamente afiliados al fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989; y que posteriormente el Decreto 1752 de 2003 previó en el artículo 1° la obligación en cabeza de los entes territoriales de efectuar la afiliación al fondo de los docentes que estuvieran vinculados a plantas de personal antes del 31 de octubre de 2004.

Finalmente, y en relación con la sanción moratoria, hizo alusión a la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 para referenciar la penalidad establecida por el pago tardío de cesantías, para indicar que en el evento en que no se realice el pago de las mismas dentro del término establecido en estas normas, es procedente reconocer la sanción allí prevista, misma que puede ser aplicada a los docentes en virtud del principio de favorabilidad.

4. Contestación de la demanda.

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

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante. Solicitó declarar probadas las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva. Se propone como medio exceptivo la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que, de conformidad a la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, está a cargo de los entes territoriales certificar los tiempos de servicios, régimen salarial entre otros, del personal docente; es por esa razón que considera que le corresponde al municipio de Samaná, acreditar los tiempos de servicios reclamados por la docente, y no al FOMAG.

Prescripción. Se propone como medio exceptivo, pues los periodos que pretende la actora se le reconozcan, fueron deprecados por vía administrativa sino hasta el año 2018, motivo por el cual ha operado el fenómeno de la prescripción extintiva, contemplado en el artículo 151 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en consonancia con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Excepción genérica.

4.2. Municipio de Samaná – Caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y planteó, entre otras, la excepción de “ineptitud sustantiva de la demanda” comoquiera que *“el acto administrativo demandado no corresponde a la resolución por medio de la cual el Municipio de Samaná le dio respuesta de fondo a la petición de la señora RUBIELA MAHECHA LEÓN por corresponder ésta a la No. 176 del 14 de mayo de 2019 y no a la No. 177 del 14 de mayo de 2019, mediante la cual se le brinda respuesta a una petición elevada por el señor OSCAR HERNÁNDEZ ZULUAGA, presentándose la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida identificación del acto administrativo demandado.”*

5. Audiencia inicial.

Mediante auto del 6 de julio de 2022 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte Demandante.

Reitera los argumentos de la demanda y adicionalmente, recalca que las cesantías son un

derecho de orden público, irrenunciable e imprescriptible, que constituyen un ahorro para el trabajador. Señala que la autoridad pública debe reconocer y pagar de forma oportuna las cesantías a sus trabajadores, por lo cual la sanción por mora, aunque gravosa, debe constituir una medida de apremio para que la autoridad pública actúe con diligencia.

6.2. Parte demandada.

Guardó silencio.

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Cuestión previa.

Mediante auto del 3 de mayo de 2022, se resolvió declarar fundada la excepción de “Inepta demanda” propuesta por el municipio de Samaná, Caldas. En consecuencia, se declaró la terminación del proceso en lo que al municipio de Samaná-Caldas respecta y se dispuso a continuar con el proceso respecto de la Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Ahora bien, en relación con la Nación - Ministerio de Educación Nacional, se deprecia la nulidad del Oficio **PS-0797 del 11 de abril de 2019**, mediante el cual dicha entidad dispuso el envío de la petición del 06/04/2019, con radicado SAO 2018PQR4563, relacionada con solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías de los años: 1995 - 1996 -1997 -1998 y 1999 de la docente Rubiela Mahecha León, a la señora Sandra Viviana Cadena Martínez de la Dirección de Prestaciones Económicas de la Fiduciaria La Previsora S.A.; en dicho oficio el Ministerio de Educación le indicó a la Fiduprevisora S.A. lo siguiente:

“En los términos del Artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), me permito remitirle por competencia y para los fines pertinentes, el siguiente documento:

Oficio del 06/04/2019 radicado SAC 2018PQR4563, relacionado con solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías de los años; 1995-1996-1997-1998 y 1999 de la docente RUBIELA MAHECHA LEON, identificada con C.C. N° 25.136.053.

La anterior solicitud se remite, teniendo en cuenta la suscripción del convenio interadministrativo que hubo entre el municipio de Samaná Caldas y La Nación, con el fin de afiliar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a docentes financiados con recursos propios de ese municipio, como es el caso de la Sra. MAHECHA LEON.

Vale la pena aclarar que los responsables de los reportes de cesantías de los docentes municipales que fueron afiliados al FNPSM., son los mismos entes

territoriales en articulación con la Fiduprevisora SA, como entidad encargada de la administración de los recursos de dicho Fondo.”

Cuando se depreca la nulidad de un acto administrativo, éste debe tener el carácter de definitivo en los términos del artículo 43 del CPACA, a saber: *“Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*. Es en el acto administrativo definitivo donde se encuentra vertida la decisión de la administración objeto de controversia; es sobre tal acto que ha de recaer la decisión judicial y por lo tanto no puede quedar duda de su existencia, titularidad y alcance jurídico.

El acto administrativo preparatorio, por el contrario, no refleja la decisión final de la administración y por ello no puede ser demandado por esta vía de control, salvo que se trate de aquellos que hagan imposible continuar la actuación.

Ahora bien, visto el contenido del Oficio PS-0797 del 11 de abril de 2019, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FNPSM, se concluye que la decisión allí adoptada no resuelve de fondo la solicitud de reconocimiento y consignación de las cesantías anuales que depreca la demandante; en el referido oficio no se niega el reconocimiento de las cesantías, como equívocamente lo pretende hacer ver la parte actora; dicho acto se limita a remitir tal solicitud a la autoridad que se estima competente a efectos de que sea ella quien resuelva lo pertinente; así se encuentra previsto en el artículo 21 del CPACA, a cuyo tenor literal:

Artículo 21. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.*

Como puede verse, la decisión por medio de la cual se remite una petición al órgano o entidad que se considere competente, es un mero acto de trámite que, como tal, no pone fin a la actuación administrativa; por el contrario, lo que se espera en esos eventos es que la entidad a quien se redirige la solicitud emita una decisión de fondo que finiquite la actuación promovida por la parte interesada. Esa decisión es la que crea una situación jurídica en cabeza de esta última, susceptible de control judicial una vez ejecutoriada.

Así las cosas, es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no recae sobre un acto administrativo definitivo que resuelva de fondo sobre la petición de reconocimiento y consignación de cesantías; luego, no resulta viable que en instancia judicial se emita un juicio de legalidad sobre un acto de trámite que no refleja la voluntad de la

administración ni consolida una situación jurídica en cabeza de la administrada, aquí demandante.

Como no se observa que entre el FNPSM y la Fiduprevisora S.A. se hubiese planteado un conflicto negativo de competencia, entonces la parte demandante debió solicitar la nulidad del acto expreso o del acto ficto o presunto de la Fiduprevisora S.A. en relación con su petición de reconocimiento y pago de sus cesantías. En lugar de ello, demandó la nulidad de un acto de trámite y aunque durante el curso de proceso no se rechazó la demanda en relación con esa pretensión, ni se propuso la excepción de inepta demanda y tampoco se declaró de oficio antes de audiencia inicial, lo cierto es que al momento de dictar sentencia se detecta dicha irregularidad que impide, de manera justificada, emitir una decisión de fondo sobre las pretensiones de la parte demandante.

Las circunstancias antedichas impiden que por esta Sala se emita una decisión de fondo, tal y como se ha procedido en situaciones semejantes en las que el Consejo de Estado ha encontrada ajustada a derecho la decisión de declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, inhibirse para decidir de fondo; veamos¹:

“La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos por la vía gubernativa y asimismo de control jurisdiccional contencioso administrativo, conforme a los artículos 49, 50 y 135 del Código Contencioso Administrativo. Dispone el artículo 49 del aludido Código que no habrá recurso en vía gubernativa “contra los actos de trámite”, y de conformidad con la parte final del artículo 50 ibidem “[s]on actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.

Por su parte del artículo 135 ídem se extrae que la demanda contra un acto particular implica que el mismo haya puesto término a un proceso administrativo⁸. El artículo 50 citado hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular; mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 12 de junio de 20089, respecto del acto administrativo destacó:

“Por acto administrativo se entiende toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es,

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00327-01(3703-13)

una decisión encaminada a producir efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito. La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación. Los actos de trámite no son susceptibles de control judicial, salvo que impidan al administrado continuar con la actuación. (...).”.

En tal sentido la Corte Constitucional en su profusa jurisprudencia ha considerado que los actos de trámite, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, sino que tan sólo constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasmará en el acto definitivo.¹⁰

2. Hecha las precedentes anotaciones y atendiendo al contenido del Oficio No. 20103330227081 del 10 de junio de 2010 y de la Resolución No. 460 del 27 de agosto del mismo año, objeto de la presente demanda, procede la Sala a establecer su connotación de acto de trámite y la improcedencia de la acción subjetiva de nulidad para conocer el cuestionamiento de legalidad contra el mismo. A fl.37-39 aparece derecho de petición que por intermedio de apoderado radicó el actor el 21 de mayo de 2010, en el cual reclama a la entidad accionada “liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación” desde el año 2007. El Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., dio respuesta a la anterior solicitud mediante Oficio 20103330227081 del 10 de junio de 2010 (fl.41), donde se limitó a señalarle al apoderado del accionante: “La Secretaría Distrital del Gobierno actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente a los turnos laborados por el señor Cutiva Martínez y de acuerdo a ello entrar a liquidarle los emolumentos solicitados. En consecuencia, cuando la entidad cuente con la mencionada liquidación de su representado procederá a notificársela”. (Resaltado ajeno al texto). Al reverso del aludido oficio (fl.41), se ve sello de notificación personal de esta respuesta al mandatario del actor, y en un aparte del pre impreso de ese sello dice: “proceden recursos de”, y a mano le pusieron enseguida la palabra “ley”. Pero allí no está anotado qué tipo de recurso procedía, si sólo recurso de reposición o de reposición y apelación, ni mucho menos ante quien debía interponerlo y dentro de qué termino. De ahí que no corresponda a la realidad la aseveración expuesta por el apoderado del demandante, cuando en su alzada afirma que al respaldo del folio 41 del expediente aparece “la manifestación de la Entidad demandada sobre la procedencia del recurso de reposición contra el mismo” (fl.416). En este punto dirá la Sala que el hecho de que la administración haya incurrido en un error al momento de poner en conocimiento el contenido del Oficio 20103330227081, al haberlo notificado con nota diciendo que procedían recursos de “ley”, no tiene la virtud de mutar su naturaleza de acto de trámite, informativo, a acto definitivo que le pusiera fin a la actuación administrativa, ni mucho menos se podría decir que dicho acto de trámite impedía continuar la actuación de la administración, pues en él la accionada no estaba negando o accediendo a lo peticionado por el actor, de suerte que no se hallaba creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica en especial, que afectara de manera negativa o positiva lo solicitado, pues no se estaba decidiendo el fondo del asunto.

[...]

Así las cosas, no existe para esta Sala discusión, como tampoco la hubo para el a quo, que no estamos frente a un acto de carácter definitivo,

[...] la declaración de su nulidad que dictase el Juez Contenciosos Administrativo no podría dar lugar a ningún restablecimiento del derecho porque, como ya se dijo, en él no se estaba accediendo o negando lo buscado por el actor.

[...]

6. Finalmente, el hecho que Subsección E - Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no haya tenido en cuenta pronunciamientos de otras subsecciones de la Sección Segunda de la misma Corporación, en las que al parecer en situaciones similares al sub lite sí asumieron su estudio de fondo, no significa que la sentencia objeto de apelación pueda ser revocada por un supuesto desconocimiento del precedente, porque únicamente se habla de precedente que obligue cuando ha existido una línea constante sobre el mismo asunto, lo que no ha ocurrido con la situación objeto de análisis. En efecto, no existe una línea constante y unificada en el sentido de considerar que a pesar de existir un acto simplemente informativo y/o de trámite, el yerro de la administración de notificarlo y decidir un recurso contra el mismo lo vuelva en acto definitivo, susceptible de control de legalidad ante esta jurisdicción. [...]

No cabe duda que al cuestionarse la legalidad de un acto informativo y/o de trámite que, como lo ha dicho esta Corporación, no exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, se genera una ineptitud sustancial de la demanda que no posibilita un pronunciamiento de mérito sobre él, pues ni creaba, modificaba o extinguía una situación jurídica en concreto respecto del demandante.

Resultado de todo lo expuesto, para la Sala es claro que la decisión recurrida no vulnera ninguno de los derechos que alega el accionante como desconocidos, por lo tanto la sentencia del Tribunal será confirmada, pero por las razones acotadas en el presente proveído.”

Dado lo anterior, sin necesidad de consideraciones adicionales, se declarará probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, se inhibirá la Sala para decidir de fondo.

Costas.

El artículo 188 del CPACA establece que:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Luego entonces, como no hay parte vencida en este proceso pues se proferirá decisión inhibitoria en relación con las pretensiones de la parte demandante frente a la Nación -

Ministerio de Educación Nacional, resulta improcedente imponer una condena en costas en esta instancia.

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

III. Falla

Primero: Se declara probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda interpuesta por la señora Rubiela Mahecha León contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Samaná - Caldas.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, **se inhibe** la Sala para decidir sobre la nulidad del Oficio PS-0797 del 11 de abril de 2019, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FNPSM.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere. Archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

Dohor Edwin Varón Vivas
Magistrado
Salva el voto



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado	17-001-23-33-000-2019-00505-00
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Dora Edilma Guevara Mejía
Accionado	La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Anserma – Caldas
Providencia	Sentencia No. 183

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, 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 señora Dora Edilma Guevara Mejía contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Anserma - Caldas.

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.

1. Pretensiones.

*“1. Que se declare la nulidad de la decisión contenida en el Oficio No. DA - 350 expedido el **día 10 de mayo de 2019** por la entidad territorial **MUNICIPIO DE ANSERMA** frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, realizada el **08 de abril de 2019** y causadas en el (los) año (s) **1993, 1994, 1995**; las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.*

*2. Que se declare la nulidad de la decisión contenida en el Oficio **PS-0793 del 11 de abril de 2019**, proferido por **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**; frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas, causadas en el (los) año (s) **1993, 1994 1995** y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.*

*3. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el **MUNICIPIO DE ANSERMA** y la **NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le*

reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, causadas en el año **1993, 1994** y las siguientes que se causaron hasta el año **1995**.

4. Que se declare que mi mandante tiene derecho a que el **MUNICIPIO DE ANSERMA y la NACIÓN-MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconozca y pague la sanción moratoria, derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías en el respectivo fondo.

CONDENAS:

A título de restablecimiento del derecho se ordene:

1. Se condene al **MUNICIPIO DE ANSERMA y la NACIÓN MEN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** le reconozca y pague las cesantías anualizadas que le adeudan, en el (los) año (s) **1993, 1994 1995**, y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías.

2. Se condene al **MUNICIPIO DE ANSERMA y la NACIÓN - MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 del 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en el (los) año (s) **1993, 1994 1995** con permanencia en el tiempo hasta cuando se efectuó el pago correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

3. Se ordene al **MUNICIPIO DE ANSERMA y la NACIÓN MEN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

4. Que ordene el cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

5. Condenar en costas a la entidad demandada.”

2. Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda se indica lo siguiente:

La señora Dora Edilma Guevara Mejía labora en el Municipio de Anserma - Caldas desde 1993, 1994, 1995 y a la fecha presta sus servicios en la entidad territorial.

El municipio de Anserma no consignó dentro del plazo fijado en la ley, las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

El 8 de abril de 2019 se presentó reclamación ante la entidad territorial con la finalidad de que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, la cual fue resuelta negativamente mediante Oficio DA- 350 del 10 de mayo de 2019.

El 6 de abril de 2019 se presentó reclamación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para que se reconocieran y pagaran las cesantías no consignadas causadas en el

año 1999, la cual fue resuelta en sentido negativo mediante Oficio PS-0793 del 11 de abril de 2019.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política; artículos 13 y 15 de la Ley 344 de 1946; Artículo 1 y 2 del Decreto 1582 de 1998; Artículo 1 y 2 del Decreto 1252 de 2000; Ley 91 de 1989 y Decreto 3118 de 1968.

Indicó que las cesantías fueron consagradas en la Ley 6 de 1945 como un derecho del trabajador y una obligación a cargo del Estado. Y por su parte el Decreto 3118 de 1968 determinó como uno de los objetivos del Fondo Nacional del Ahorro el pago oportuno de las cesantías a los empleados públicos y trabajadores oficiales, es decir, que las cesantías dejaron de ser una obligación de la Caja Nacional de Previsión Social.

Precisó que las cesantías así concebidas se liquidaban con base en el régimen de retroactividad; no obstante, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se estableció una forma diferente de liquidación, la cual se aplicó a las relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Pese a ello, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se consagró el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia; y el Decreto 1582 de 1998 estableció un nuevo régimen de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996. En este orden de ideas, los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 se encuentran cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad, pero que se hubieran acogido a este régimen; y para la liquidación y pago se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y demás normas concordantes.

Explicó que, en consecuencia, se evidencian dos sistemas de liquidación de cesantías para los servidores públicos del orden territorial: 1. El sistema retroactivo de cesantías, que se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses, determinado por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la reglamentan o modifican, el cual se aplica para los vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. Y 2. El sistema de liquidación definitiva anual, manejado a través de los fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, aplicado para los vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996.

Adujo que los docentes municipales son empleados públicos, y resaltó que su régimen de prestaciones sociales, que incluye no solo al personal nacional y nacionalizado sino también al territorial, está establecido en la Ley 91 de 1989 para el personal que figure vinculado antes del 31 de diciembre de 1989; y el que ingresó con posterioridad, se rige por las normas aplicables a los empleados del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, Decreto

1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993.

Aseguró que por ello existe una diferencia entre el régimen prestacional de los servidores públicos vinculados antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y los vinculados con posterioridad, pues los primeros conservan el régimen de liquidación retroactiva, mientras que los segundos se rigen por el régimen de liquidación anualizada.

Indicó que la mencionada Ley 91 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual atiende las prestaciones sociales de los docentes vinculados antes o después de la expedición de esa norma, y de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de esta disposición, el fondo debe pagar a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, o proporcionalmente, sobre el último salario devengado; y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y los nacionales, el fondo reconocerá un interés anual sobre el saldo de esas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo a la certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la Ley 812 de 2003 previó que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentra vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

Precisó en cuanto a la afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que la Ley 43 de 1975 ordenó la nacionalización de la educación, y señaló que quedarían automáticamente afiliados al fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989; y que posteriormente el Decreto 1752 de 2003 previó en el artículo 1° la obligación en cabeza de los entes territoriales de efectuar la afiliación al fondo de los docentes que estuvieran vinculados a plantas de personal antes del 31 de octubre de 2004.

Finalmente, y en relación con la sanción moratoria, hizo alusión a la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 para referenciar la penalidad establecida por el pago tardío de cesantías, para indicar que en el evento en que no se realice el pago de las mismas dentro del término establecido en estas normas, es procedente reconocer la sanción allí prevista, misma que puede ser aplicada a los docentes en virtud del principio de favorabilidad.

4. Contestación de la demanda.

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

En relación con los hechos indicó que unos eran ciertos; que otros no le constaban y de otros que se atenía a lo que resultara probado en el proceso. Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las excepciones que denominó:

“Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido” pues asegura que el pago de las cesantías se realizó en debida forma y por lo tanto tampoco en su responsabilidad el pago de los intereses moratorios deprecados.

“Reconocimiento oficioso o genérica”: pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

4.2. Municipio de Anserma – Caldas.

Indica que en el acto administrativo expedido por dicha entidad no se niega un derecho sino que se hace la remisión de una solicitud a la entidad competente para su respuesta; luego entonces, colige que no se trata de un acto administrativo demandable sino de un acto de trámite; advierte que no fue planteado un conflicto negativo de competencia entre entidades y por esa razón, la entidad a la cual se remitió la solicitud de consignación de cesantías es la que debe emitir una respuesta de fondo, a la postre demandable en esta jurisdicción.

Indica que, en el evento hipotético que existiera responsabilidad del pago de sanción moratoria, la pretensión no tiene sustento legal alguno para la época de la causación de las cesantías, puesto la misma se requiere como una obligación anualizada en virtud a lo estipulado en la Ley 344 de 1996 artículo 13, la cual solamente se promulgó el 27 de diciembre de 1996, es decir para los periodos de 1993, 1994 y 1995 no existía obligación de consignación de suma alguna a algún fondo de cesantías, se debe tener en cuenta que ninguna ley es retroactiva, a menos que el legislador lo hubiera presupuesto lo cual no sucedió.

Señala que, según los documentos aportados en la demanda, la demandante efectivamente labora como docente en el territorio ansermeño, sin embargo, en las resoluciones 4286 del 2009 y 5197-6 del 2017, expedidas por el Secretario de Educación del Departamento de Caldas, obrando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoce su vinculación desde el día 1 de febrero del 1993 hasta la fecha de reconocimiento de las respectivas cesantías, dando fe de la aplicación del numeral 5 del artículo 2 de la Ley 92 de 1989.

Plantea como excepciones, las siguientes:

Prescripción. Dice que en el año 2009 la demandante hizo un retiro parcial de cesantías, por lo tanto, a partir de ese momento se hizo exigible la indemnización moratoria, y en concordancia, los tres años de prescripción han pasado con suficiencia pues en la actualidad ha transcurrido poco menos de 10 años desde que se hizo exigible la indemnización moratoria, desde el 1 de septiembre del 2009 fecha en la que se notificó el acto administrativo hasta el 8 de agosto del 2019 fecha en la cual se radica solicitud de conciliación en la Procuraduría.

Caducidad de la acción. Indica que la Resolución 5197-6 del 2017 fue debidamente notificada el día 19 de julio del 2017 y la Resolución 4286 del 2009 fue notificada personalmente el día 1 de septiembre del 2009, lo cual deja en evidencia que la parte demandante esperó casi 10 años para proponer demanda de nulidad y restablecimiento, cuando el término para proponerla se limita a 4 meses a partir de la notificación de dichos actos administrativos.

Falta de legitimación en la causa por pasiva. Expone que las cesantías son una prestación social que se encuentra a cargo del “Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” creado mediante la Ley 91 de 1989.

Cobro de lo no debido. Teniendo en cuenta que la demandante fue vinculada el día 1 de febrero del año 1993, es decir, cuando ya existía el FNPSM.

Enriquecimiento sin causa; improcedencia de medio de control por demanda contra acto administrativo de trámite; y genérica.

5. Audiencia inicial.

Mediante auto del 1° de agosto de 2022 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte Demandante.

Reitera los argumentos de la demanda y adicionalmente, recalca que las cesantías son un derecho de orden público, irrenunciable e imprescriptible, que constituyen un ahorro para el trabajador. Señala que la autoridad pública debe reconocer y pagar de forma oportuna las cesantías a sus trabajadores, por lo cual la sanción por mora, aunque gravosa, debe constituir una medida de apremio para que la autoridad pública actúe con diligencia.

6.2. Parte demandada.

6.2.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Presentó memorial de alegaciones por fuera del término legal.

6.2.2. Municipio de Anserma – Caldas.

Aduce que para establecer el régimen de cesantías aplicable a la demandante, lo primero que se debe tener en cuenta es que ésta fue nombrada en una plaza nacionalizada y a dicha conclusión arriba, teniendo en cuenta que, para ser partícipe del personal nacionalizado es necesario en primer lugar que el nombramiento se haya realizado antes del 1 de enero del 1976 o en su defecto de manera posterior, solo si se cumplía con el requisito contenido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975, el cual establece la aquiescencia por parte del Ministerio de Educación Nacional.

Explica que, el Decreto Municipal 008 de 1993, *“por medio del cual se nombran docentes de primaria área rural en este municipio”*, expedido por el alcalde municipal de Anserma Caldas, dispuso que *“La asignación salarial, será la que corresponde al grado UNO (01) en el Escalafón Nacional Docente, de conformidad con las normas que regulan el régimen salarial de los docentes nacionales y nacionalizados”*. Expone que, luego de dicho nombramiento, la docente fue trasladada al departamento de Caldas y por medio de la resolución departamental 4286 del 19 de agosto del 2009, el Secretario de Educación Departamental de Caldas certificó que *no existió* solución de continuidad con la vinculación de la hoy demandante, desde el año 1993 hasta el día 30 de diciembre del 2008. En consecuencia, concluye que la responsabilidad del pago de las cesantías siempre ha estado encabezado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; agrega en esa misma línea de argumentación, que no existió omisión alguna del ente territorial en el reconocimiento y consignación anual de las cesantías que deprecia la parte demandante, puesto que la vinculación de la misma fue posterior a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, en la cual se estipula de manera clara e inequívoca que el pago de la prestación social de cesantías para el personal nacionalizado está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Considera, en todo caso, que las cesantías adeudadas a la parte demandante están afectadas por la prescripción extintiva del derecho laboral, pues según estima, desde la expedición y notificación de la Resolución 4286 del 19 de agosto de 2009, la parte demandante tuvo conocimiento de la presunta falta de pago de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995. Agrega que la solicitud realizada en año 2019, no revive los términos para el control legal del acto administrativo mencionado en el párrafo anterior.

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

1. De las excepciones perentorias propuestas por el municipio de Anserma – Caldas.

1.1. Caducidad.

Como fundamento de dicha excepción, expone el ente territorial demandado que, la Resolución 5197-6 del 2017 fue notificada el día 19 de julio del 2017 y la Resolución 4286 del 2009 fue notificada el día 1 de septiembre del 2009, lo cual deja en evidencia que la parte demandante esperó casi 10 años para proponer demanda de nulidad y restablecimiento, cuando el término para proponerla se limita a 4 meses a partir de la notificación de dichos actos administrativos.

Para resolver lo pertinente basta decir que, con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en referencia, se pretende la declaratoria de nulidad del Oficio No. DA - 350 expedido el día 10 de mayo de 2019 por el Municipio de Anserma; así como el Oficio PS-0793 del 11 de abril de 2019 proferido por Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y recibido por el apoderado de la demandante el 14 de mayo de 2019 /fl. 53 vltto, C. 1/; actos administrativos que son diferentes a los que hace referencia el municipio de Anserma al proponer la excepción de caducidad.

En gracia de discusión puede decirse que, frente a los actos enjuiciados en este proceso, no se observa la ocurrencia de la caducidad del medio de control comoquiera que ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos fue solicitada audiencia de conciliación el 8 de agosto de 2019, la constancia de no conciliación fue expedida el 25 de septiembre de 2019 y la demanda fue radicada el 18 de octubre de 2019.

Las demás excepciones perentorias, como la falta de legitimación en la causa por pasiva y la prescripción extintiva serán resueltas con los argumentos de fondo de esta providencia.

Siendo ello así, de conformidad con los supuestos fácticos de la demanda, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozcan y paguen las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995; y, en caso positivo, qué entidad debe hacerse responsable del pago de esta prestación?

En caso que deban reconocerse y pagarse las cesantías se deberá analizar:

- ¿Tiene derecho la señora Dora Edilma Guevara Mejía a que se le reconozca sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 1993, 1994 y 1995; u operó el fenómeno de la prescripción?

1. Marco normativo

Frente al régimen anualizado de cesantías, la Ley 50 de 1990, por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías en los siguientes términos:

ARTÍCULO 99.- *Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. 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 el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

a. Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b. Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

PARÁGRAFO. *- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de*

Cesantía.

Esta norma estaba destinada únicamente a los trabajadores del sector privado, cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo, con la expedición de la Ley 344 de 1996 se hicieron extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías del régimen anualizado.

En efecto, la Ley 344 de 1996 definió el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y puntualmente en su artículo 13 previó lo siguiente:

ARTÍCULO 13. *Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

a) *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

b) *Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.*

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. *El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1 que: *“El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...).”*

Así mismo, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, previó una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo al que el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. Es decir, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

En relación con los docentes, hasta antes de la expedición de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa a este personal; no obstante, con esta norma se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, y determinó para ello cuál sería el personal docente nacional, nacionalizado y territorial; del mismo modo, cuál sería el régimen aplicable para cada uno de ellos, así:

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

1. *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
2. *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
3. *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*
4. *Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*
5. ...

Por su parte, el artículo 2 ibidem reguló lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

(...)

5. *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente 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 hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.*

Y el artículo 15 en relación con las cesantías dispuso:

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

1. *Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley

...

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 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.” (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, el régimen aplicable al reconocimiento de cesantías fue unificado con la Ley 91 de 1989 para todos aquellos docentes que se vincularan con posterioridad al 1º de enero de 1990, e incluso para los docentes nacionales vinculados a la fecha de expedición de la referida ley, estos últimos frente a las cesantías causadas con posterioridad a la referida fecha.

Así las cosas, por expresa disposición legal, el régimen de cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 es anualizado, indistintamente del orden nacional, nacionalizado o territorial de su vinculación, pues la norma estableció diferencias con base a este último factor –orden de la vinculación- únicamente en casos de docentes vinculados con anterioridad a dicha fecha.

Las anteriores aseveraciones encuentran respaldo en providencia del 25 de marzo de 2010, proferida por el Consejo de Estado¹, en la cual se explicó:

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

*En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales **y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990**, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses". (Se destaca)*

Ahora bien, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 señaló que el régimen prestacional de "Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

Con fundamento en lo anterior, y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003 estableció:

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

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

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

Artículo 5º. *Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:*

Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

1. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá

indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

2. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo. (Subrayas de la Sala)

Al dejar claro lo anterior, debe advertirse que en épocas anteriores las Altas Cortes plantearon la posición de que la Ley 50 de 1990 no era aplicable a los docentes en atención a que no estaban amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en esta norma, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero se hizo la salvedad de que ello era sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989, lo que se tradujo en que lo allí dispuesto no cobijaba al personal docente.

Sin embargo, esta posición fue replanteada tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, quienes en virtud del principio de favorabilidad aceptaron que esta norma fuera aplicada a los docentes en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, ya que la Ley 91 de 1989 nada previó al respecto, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso, tal como se planteó en las sentencias SU-098 de 2018 y sentencia SU-332 de 2019 de la Corte Constitucional, y como lo expuso el Consejo de Estado en providencia de la Sección Segunda – Subsección A del 5 de noviembre de 2020, radicado 08001-23-33-000-2013-00782-01(1644-16) en la que concluyó:

Bajo el anterior derrotero, la Subsección 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 a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de establecer si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

1.1. De la imprescriptibilidad del derecho a las cesantías propiamente dichas.

Al respecto debe decirse que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera

uniforme y consistente que el derecho a reclamar las cesantías depositadas por el empleador en el fondo respectivo, no está sometida a un término de prescripción comoquiera que se trata de los ahorros del trabajador y su función es precisamente generar un respaldo económico para éste, sobre todo al término de la relación laboral. Es por ello que, al cabo de la misma y en cualquier tiempo, puede ejercer su derecho a reclamarlas y retirarlas sin que sea dado oponerle en contra la extinción de su derecho por prescripción. Lo propio se predica cuando el empleador omite su obligación de consignar dicha prestación; en estos casos, el trabajador puede reclamar su reconocimiento con atención a un término prescriptivo, pues lo contrario implicaría premiar al empleador por el incumplimiento de una carga legal.

Al respecto, la Alta Corporación² ha señalado lo siguiente:

Por otro lado, se considera que pese a que en el régimen anualizado de cesantías el empleador se encuentra obligado a consignar la suma respectiva por esta prestación social en el fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el trabajador, antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho, no es posible tomar esta misma fecha a efectos de contabilizar el fenómeno jurídico de la prescripción, pues la finalidad de esta prestación es constituir un ahorro a favor del trabajador para cuando éste se encuentre cesante, y es a partir de este momento en que se hace uso del auxilio.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador. Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que como la relación laboral permanece vigente, por lo menos hasta el momento en que se radicó la demanda y que no

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00218-01(4327-14)

hubo solución de continuidad con ocasión de la expedición del Acuerdo No. 021 del 28 de noviembre de 2001, que dotó de autonomía administrativa y financiera a la personería municipal de El Contadero (Nariño), las cesantías tienen el carácter imprescriptible³ y, por ende, la administración municipal está en la obligación de reconocerlas⁴. /Resaltado de la Sala/

El anterior criterio fue vertido en otro proveído de la Alta Corporación⁵ años antes, en los siguientes términos:

*[...]
Las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento - prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado [...]*

Respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado. No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor.

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.
[...]/Resaltado de la Sala/

2. Caso concreto

Mediante Decreto 008 del 27 de enero de 1993, el Alcalde del municipio de Anserma-Caldas, nombró a la señora Dora Edilma Guevara Mejía en el cargo de docente en la Escuela Pedro Cieza de León del municipio de Anserma, Caldas; cargo del cual tomó posesión el día 1º de febrero del mismo año. (Archivo 001)

Por medio de la Resolución No. 5197 – 6 del 11 de julio de 2017, el Secretario de Educación del departamento de Caldas, en nombre y representación del FNPSM, reconoció unas

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, CE-SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ Consejo De Estado- Sala de Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A- Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas- sentencia del once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 08001-23-33-000-2015-00749-01(4774-18).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16

cesantías parciales por valor de \$38.942.974; suma de dinero que, se adujo, sería cancelada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Archivo 001).

En este acto administrativo se consignó que la docente había prestado sus servicios durante 23 años, 11 meses; lapso comprendido entre el 1993/2/1 hasta el 2016/12/30, de forma continua.

En la parte motiva de esta resolución, se realizó un cuadro que contenía los siguientes reportes de cesantías desde el año 1996:

1996	261.786
1997	317.673
1998	406.843
1999	468.102
2000	511.516
2001	1.340.661
2002	1.406.756
2003	1.490.685
2004	1.566.263
2005	1.793.004
2006	1.920.554
2007	1.796.706
2008	2.121.169
2009	2.283.863
2010	2.329.541
2011	2.737.213
2012	2.866.091
2013	2.972.943
2014	3.178.171
2015	3.432.146
2016	3.741.288
VALOR TOTAL CESANTÍAS LIQUIDADAS	38.942.974

Mediante petición enviada a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 6 de abril de 2019 y al municipio de Anserma el 9 de abril de 2019, la señora María Edilma Guevara Mejía solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas que se le adeudaban por los años 1993, 1994 y 1995, su indexación y la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, por la no consignación de las cesantías en tiempo (Archivo 001).

En relación con tales peticiones, la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM expidió el

Oficio PS-0793 del 11 de abril de 2019, mientras que el municipio de Anserma suscribió el Oficio DA-350 el 10 de mayo de 2019.

Al descender al caso concreto, se encuentra probado que la señora Dora Edilma Guevara Mejía pertenece al régimen de cesantías anualizado, ya que se posesionó el 1° de febrero de 1993 en el cargo de docente de la Escuela Pedro Cieza de León del municipio de Anserma, Caldas, es decir, con posterioridad al 1° de enero de 1990, lo que le da derecho a que sus cesantías sean consignadas cada año antes del 14 de febrero.

Ahora, frente a la consignación de las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 debe advertirse, de acuerdo a lo probado en el expediente, que en la resolución que reconoció unas cesantías parciales a la docente en el año 2017, al momento de relacionarse el reporte de las cesantías, no se consignó valor alguno por los años 1993, 1994 y 1995. En dicho acto administrativo se indicó que el pago parcial de cesantías se reconocía por los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, motivo por el cual resulta claro que no fueron incluidas las cesantías causadas en los años indicados en la demanda y que fueron objeto de reclamación en vía administrativa.

A efectos de determinar la entidad responsable de reconocer y pagar las cesantías deprecadas por la parte actora, debe tenerse en cuenta en primer lugar que su vinculación al servicio docente en el año 1993 se efectuó en una plaza creada con autorización del Ministerio de Educación Nacional y financiada con recursos de la misma cartera ministerio durante los años 1993, 1994 y 1995. Así se desprende del Acto de nombramiento vertido en el Decreto No. 008 de 1993, que en lo pertinente consideró:

Que el Ministerio de Educación Nacional, en vista del déficit de docentes que presenta el sector rural, ha establecido el Programa de Ampliación de Cobertura de la Educación Básica Primaria, creando nuevas Plazas Docentes Municipales.

Que el Honorable Concejo Municipal mediante Acuerdo N° 032 de Diciembre 28 de 1992 facultó y autorizó al Alcalde Municipal para realizar convenio con el Fondo del Ministerio de Educación Nacional, en desarrollo del Plan de Universalización de la Educación Básica Primaria.

Que la Financiación de estas Plazas estará a cargo del Ministerio de Educación Nacional durante los años 1993, 1994 y 1995 y a cargo del Municipio a partir del año 1996, con los recursos provenientes del Situado Fiscal.

Como puede verse, dicha plaza no es del orden territorial⁶ porque no fue creada por el municipio sin autorización del Ministerio de Educación; su creación contó con el visto bueno del ministerio e incluso este último asumió su financiación durante los años 1993, 1994 y 1995 y en lo sucesivo, con recursos del situado fiscal.

⁶ Ley 91 de 1989. Artículo 1, numeral 3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Significa lo anterior que no es el municipio de Anserma el llamado a asumir la obligación de reconocer, pagar y consignar las cesantías causadas por los servicios docentes prestados por la demandante durante los años 1993, 1994 y 1995; dicha carga debe ser asumida por la Nación -Ministerio de Educación Nacional, entidad que, al contestar la petición de la demandante en sede administrativa mediante el Oficio PS-0793 del 11 de abril de 2019, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FNPSM, informó que procedía a remitirla por competencia a la Fiduprevisora S.A.; esto dijo:

En los términos del Artículo 39° de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), me permito remitirle por competencia y para los fines pertinentes, el siguiente documento:

Oficio del 06/04/2019 radicado SAC 2018PQR4558, relacionado con solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías de los años: 1993-1994-1995 de la docente DORA EDILMA GUEVARA MEJIA, identificada con C.C. N° 24.394.789.

La anterior solicitud se remite, teniendo en cuenta la suscripción del convenio interadministrativo que hubo entre el municipio de Anserma Caldas y La Nación, con el fin de afiliar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a docentes financiados con recursos propios de ese municipio, como es el caso del Sra. GUEVARA MEJIA.

Vale la pena aclarar que los responsables de los reportes de cesantías de los docentes municipales que fueron afiliados al F.N.P.S.M., son los mismos entes territoriales en articulación con la Fiduprevisora S.A. como entidad encargada de la administración de los recursos de dicho Fondo.”

Cuando se depreca la nulidad de un acto administrativo, éste debe tener el carácter de definitivo en los términos del artículo 43 del CPACA, a saber: “*Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*”. Es en el acto administrativo definitivo donde se encuentra vertida la decisión de fondo adoptada por la administración sobre aquello que solicita el administrado; en tal acto ha de recaer la decisión judicial y por lo tanto no puede quedar duda de su existencia, titularidad y alcance jurídico.

El acto administrativo preparatorio, por el contrario, no refleja la decisión final de la administración y por ello no puede ser demandado por esta vía de control, salvo que se trate de aquellos que hagan imposible continuar la actuación.

Ahora bien, visto el contenido del Oficio PS-0793 del 11 de abril de 2019, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FNPSM, se concluye que la decisión allí adoptada no resuelve de fondo la solicitud de reconocimiento y consignación de las cesantías anuales que depreca la demandante. Dicho acto se limita a remitir tal solicitud a la autoridad que estiman competente a efectos de que sea ella quien resuelva lo pertinente; así se encuentra previsto en el artículo 21 del CPACA, a cuyo tenor literal:

Artículo 21. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitatorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.

Como puede verse, la decisión por medio de la cual se remite una petición al órgano o entidad competente, es un mero acto de trámite que, como tal, no pone fin a la actuación administrativa; por el contrario, lo que se espera en esos eventos es que la entidad a quien se redirige la solicitud emita una decisión de fondo que finiquite la actuación promovida por la parte interesada. Esa decisión es la que crea una situación jurídica en cabeza de esta última, susceptible de control judicial una vez ejecutoriada.

Así las cosas, es claro que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no recae sobre un acto administrativo definitivo que niegue la petición de reconocimiento y consignación de cesantías; luego, no resulta viable que en instancia judicial se emita un juicio de legalidad sobre un acto de trámite que no refleja la voluntad de la administración ni consolida una situación jurídica en cabeza de la administrada, aquí demandante.

Como no se observa que entre el FNPSM y la Fiduprevisora S.A. se hubiese planteado un conflicto negativo de competencia, entonces la parte demandante debió insistir en que se expidiera un acto que resolviera de fondo su petición de reconocimiento y pago de cesantías en aras de acudir posteriormente en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. En lugar de ello, demandó la nulidad de un acto de trámite y aunque durante el curso de proceso no se rechazó la demanda en relación con esa pretensión, ni hubo pronunciamiento sobre la excepción de inepta demanda antes de audiencia inicial, lo cierto es que al momento de dictar sentencia se detecta dicha irregularidad que impide emitir una decisión de fondo en relación con la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

Las circunstancias antedichas impiden que por esta Sala se emita una decisión de fondo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, pues se itera, dicha entidad no se ha pronunciado de fondo en instancia administrativa sobre el derecho reclamado por la demandante.

Resulta importante anotar que el Consejo de Estado ha encontrada ajustada a derecho la decisión de declarar probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, inhibirse para decidir de fondo, en situaciones en las que no se demanda el acto administrativo definitivo; veamos⁷:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00327-01(3703-13)

“La calificación de un acto administrativo como acto definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos por la vía gubernativa y asimismo de control jurisdiccional contencioso administrativo, conforme a los artículos 49, 50 y 135 del Código Contencioso Administrativo. Dispone el artículo 49 del aludido Código que no habrá recurso en vía gubernativa “contra los actos de trámite”, y de conformidad con la parte final del artículo 50 ibidem “[s]on actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.

Por su parte del artículo 135 ídem se extrae que la demanda contra un acto particular implica que el mismo haya puesto término a un proceso administrativo⁸. El artículo 50 citado hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya sea porque crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica en particular; mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 12 de junio de 20089, respecto del acto administrativo destacó:

“Por acto administrativo se entiende toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, una decisión encaminada a producir efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito. La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación. Los actos de trámite no son susceptibles de control judicial, salvo que impidan al administrado continuar con la actuación. (...).”

En tal sentido la Corte Constitucional en su profusa jurisprudencia ha considerado que los actos de trámite, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, sino que tan sólo constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasmará en el acto definitivo.¹⁰

2. Hecha las precedentes anotaciones y atendiendo al contenido del Oficio No. 20103330227081 del 10 de junio de 2010 y de la Resolución No. 460 del 27 de agosto del mismo año, objeto de la presente demanda, procede la Sala a establecer su connotación de acto de trámite y la improcedencia de la acción subjetiva de nulidad para conocer el cuestionamiento de legalidad contra el mismo. A fl.37-39 aparece derecho de petición que por intermedio de apoderado radicó el actor el 21 de mayo de 2010, en el cual reclama a la entidad accionada “liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación” desde el año 2007. El Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., dio respuesta a la anterior solicitud mediante Oficio 20103330227081 del 10 de junio de 2010 (fl.41), donde se limitó a señalarle al apoderado del accionante: “La Secretaría Distrital del Gobierno actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente a los turnos laborados

por el señor Cutiva Martínez y de acuerdo a ello entrar a liquidarle los emolumentos solicitados. En consecuencia, cuando la entidad cuente con la mencionada liquidación de su representado procederá a notificársela". (Resaltado ajeno al texto). Al reverso del aludido oficio (fl.41), se ve sello de notificación personal de esta respuesta al mandatario del actor, y en un aparte del pre impreso de ese sello dice: "proceden recursos de", y a mano le pusieron enseguida la palabra "ley". Pero allí no está anotado qué tipo de recurso procedía, si sólo recurso de reposición o de reposición y apelación, ni mucho menos ante quien debía interponerlo y dentro de qué termino. De ahí que no corresponda a la realidad la aseveración expuesta por el apoderado del demandante, cuando en su alzada afirma que al respaldo del folio 41 del expediente aparece "la manifestación de la Entidad demandada sobre la procedencia del recurso de reposición contra el mismo" (fl.416). En este punto dirá la Sala que el hecho de que la administración haya incurrido en un error al momento de poner en conocimiento el contenido del Oficio 20103330227081, al haberlo notificado con nota diciendo que procedían recursos de "ley", no tiene la virtud de mutar su naturaleza de acto de trámite, informativo, a acto definitivo que le pusiera fin a la actuación administrativa, mi mucho menos se podría decir que dicho acto de trámite impedía continuar la actuación de la administración, pues en él la accionada no estaba negando o accediendo a lo peticionado por el actor, de suerte que no se hallaba creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica en especial, que afectara de manera negativa o positiva lo solicitado, pues no se estaba decidiendo el fondo del asunto.

[...]

Así las cosas, no existe para esta Sala discusión, como tampoco la hubo para el a quo, que no estamos frente a un acto de carácter definitivo,

[...] la declaración de su nulidad que dictase el Juez Contenciosos Administrativo no podría dar lugar a ningún restablecimiento del derecho porque, como ya se dijo, en él no se estaba accediendo o negando lo buscado por el actor.

[...]

6. Finalmente, el hecho que Subsección E - Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no haya tenido en cuenta pronunciamientos de otras subsecciones de la Sección Segunda de la misma Corporación, en las que al parecer en situaciones similares al sub lite sí asumieron su estudio de fondo, no significa que la sentencia objeto de apelación pueda ser revocada por un supuesto desconocimiento del precedente, porque únicamente se habla de precedente que obligue cuando ha existido una línea constante sobre el mismo asunto, lo que no ha ocurrido con la situación objeto de análisis. En efecto, no existe una línea constante y unificada en el sentido de considerar que a pesar de existir un acto simplemente informativo y/o de trámite, el yerro de la administración de notificarlo y decidir un recurso contra el mismo lo vuelva en acto definitivo, susceptible de control de legalidad ante esta jurisdicción. [...]

No cabe duda que al cuestionarse la legalidad de un acto informativo y/o de trámite que, como lo ha dicho esta Corporación, no exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, se genera una ineptitud sustancial de la demanda que no posibilita un pronunciamiento de mérito sobre él, pues ni creaba, modificaba o extinguía una situación jurídica en concreto respecto del demandante.

Resultado de todo lo expuesto, para la Sala es claro que la decisión recurrida no vulnera ninguno de los derechos que alega el accionante como desconocidos, por lo tanto la sentencia del Tribunal será confirmada, pero por las razones acotadas en el presente proveído."

Dado lo anterior, sin necesidad de consideraciones adicionales, se declarará probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, se inhibirá la

Sala para decidir de fondo sobre las pretensiones incoadas contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

En cuando al municipio de Anserma – Caldas, se negarán las pretensiones de la parte demandante formuladas en su contra.

3. Costas.

El artículo 188 del CPACA dispone que:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁸ 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 bien, revisado el expediente, se advierte que la parte demandada Municipio de Anserma intervino a través de apoderado judicial durante el trámite de primera instancia, desplegando acciones para la defensa de sus intereses, razón por la cual se condenará a la demandante en costas por concepto de agencias en derecho, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

No se impondrán costas en favor de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM comoquiera que frente a esta entidad se emite un fallo inhibitorio.

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

⁸ 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.

III. Falla

Primero: Se declara de oficio parcialmente probada la excepción de inepta demanda, en relación con la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la parte demandante contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Como consecuencia de lo anterior, **se inhibe** la Sala para decidir sobre la nulidad del Oficio PS-0793 del 11 de abril de 2019, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FNPSM.

Segundo: Se niegan las pretensiones formuladas por la parte demandante contra el municipio de Anserma – Caldas.

Tercero: Se condena en costas (gastos y agencias en derecho) a la parte demandante y en favor de la parte demandada municipio de Anserma-Caldas, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere. Archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

Dohor Edwin Varón Vivas
Magistrado
Salva el voto



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 257

Radicación	17001-33-33-002-2020-00219-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Colpensiones
Accionado	Rosalba Gallego de Zuluaga

I. Asunto

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante contra el auto del 20 de septiembre de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

Es competente esta Sala de Decisión para conocer del presente asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125, numeral 2, literal h del CPACA, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

II. Antecedentes

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte actora pretende que se declare la nulidad de Resolución N° 5154 del 27 de agosto de 1996, emitida por Colpensiones, por medio de la cual se reconoció una pensión de vejez en favor de la señora Rosalba Gallego de Zuluaga.

También se solicitó la suspensión provisional del acto acusado considerando que dicho acto vulneró el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, toda vez que la demandada no es beneficiaria del régimen de transición y, además, no alcanzó a cumplir 500 semanas de cotización pues sólo cotizó 462,15 al 14 de febrero de 1992, ni reunió 1000 semanas en cualquier tiempo.

La demandada, al recorrer el traslado de la medida cautelar, adujo que *“verificada la historia laboral aportada por COLPENSIONES, se tiene que la señora ROSALBA GALLEGO DE ZULUAGA, acreditó durante el periodo comprendido entre el 14 de febrero de 1976 al 14 de febrero de 1996, un total de 532 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, acreditando ampliamente los requisitos exigidos por el decreto 758 de 1990, para acceder a su pensión de vejez tal y como fue reconocida por el Liquidado Instituto de los Seguros Sociales.”*

Auto apelado.

Mediante auto interlocutorio del 20 de septiembre de 2022, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales negó la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo en cuestión.

Como fundamento de la decisión se sostuvo por el a quo lo siguiente:

Para analizar los argumentos de solicitud de medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, es necesario acudir a los hechos relevantes probados por la demandante COLPENSIONES (Anexo13):

-La sra Rosalba Gallego de Zuluaga nació el día 14 de febrero de 1940, según consta en su cédula de ciudadanía.

-La afiliación al entonces I.C.S.S. el día 19 de agosto de 1977.

-El reconocimiento de una pensión de vejez por el entonces Instituto de Seguros Sociales a la sra Rosalba Gallego de Zuluaga, a través de la resolución No. 005154 del 27 de agosto de 1996. Consta allí que: i) aplica el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, ii) la asegurada cumple con los requisitos de edad y semanas exigidos para obtener el derecho, iii) el reconocimiento se hizo a partir del 30 de agosto de 1996 en cuantía de \$142.125 pesos mensuales, iv) la liquidación se basó en 517 semanas cotizadas.

-El resumen de semanas cotizadas por la sra Rosalba Gallego de Zuluaga en el cual consta que al 30 de septiembre de 1996 tenía cotizadas 564.14 semanas.

En primer lugar, debe establecerse si a la demandada le aplica o no el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993:

“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 2 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 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, 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.”

Si se tiene en cuenta que la sra Gallego de González nació el día 14 de febrero de 1940, para el 1° de abril de 1994 contaba con 54 años, 1 mes y 15 días de edad, lo que la hacía beneficiaria del régimen de transición, y por ende su situación pensional debe resolverse conforme al decreto 758 de 1990, pues según el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones no cotizó tiempos públicos.

Ahora bien, Colpensiones afirma que “dentro del cumulo -sic- de semanas cotizadas tenidas en cuenta para efectos de estudio y reconocimiento de la pensión de vejez a la señora Gallego, fueron incluidos los periodos comprendidos posterior al cumplimiento de su edad pensional, que lo fue el 14 de febrero de 1992, omitiendo que no cumplía con los requisitos del régimen de transición para que fuese aplicada normatividad anterior a la vigente al momento del reconocimiento pensional” (fl.4 doc.02)

Al respecto y contrario a lo afirmado en la demanda, el Juzgado ha constatado que la demandada sí cumplía con el requisito de la edad para quedar inmersa en el régimen de transición regulado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ello de un lado; y de otro, Colpensiones afirma que las semanas cotizadas debió completarlas al 14 de febrero de 1992 como fecha de cumplimiento de la edad pensional, lo cual tampoco es acertado, pues según el artículo 12 del decreto 758 de 1990 invocado como violado, en el caso de las mujeres, se debía contar con 55 años de edad, que la sra Rosalba Gallego completó el 14 de febrero de 1995. /rft/

Así pues, no siendo claros los argumentos de la demandante como se acaba de exponer, no encuentra en este momento procesal el Juzgado elementos de juicio suficientemente sólidos para acceder a la medida cautelar solicitada; además será necesario conocer los soportes documentales que tuvo en cuenta el ISS para afirmar -como lo hizo- en el acto demandado, que la interesada había cotizado 517 semanas, pues hasta ahora solo se cuenta con el resumen expedido por Colpensiones pero sin los soportes del mismo.” /rft/

Recurso de apelación.

La parte demandante insiste en la medida cautelar al considerar que la demandada no reúne los requisitos para acceder al beneficio de la transición prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Añade que, el pago de una prestación generada sin el cumplimiento de los requisitos legales, atenta igualmente contra el principio de Estabilidad Financiera del Sistema General de Pensiones.

II. Consideraciones de la Sala

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

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

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

3. *Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*

El artículo 231 ibidem, dispone:

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

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

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

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

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

¹ En adelante C.P.A.C.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En primer lugar, en la actualidad –CPACA-, para la procedencia de la medida cautelar, la confrontación se hace respecto de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión, pues por su parte el C.C.A. establecía que la

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

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

confrontación se hacía únicamente respecto de las normas invocadas en la petición de la medida cautelar. Así, el cambio de legislación le otorgó al Juez un campo de acción más amplio, en la medida que podrá hacer la confrontación no sólo con las normas invocadas en la solicitud, sino con las que se señalen en el libelo demandatorio". (Subrayas de la Sala).

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

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

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

◆ **Caso Concreto.**

La medida provisional está dirigida a obtener la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo mediante el cual se reconoció una pensión de vejez en favor de la señora Rosalba Gallego de Zuluaga, pues según dice Colpensiones, la referida señora no está inmersa en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que le permite gozar del derecho pensional al amparo del régimen anterior, esto es, el previsto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de 1990; pero además, se sostiene que en este caso no se cumple con el requisito de semanas mínimas requeridas para acceder al derecho.

Ahora bien, a efectos de resolver lo pertinente ha de tenerse en cuenta que el recurso de apelación se limita a señalar, de manera general, que la demandada no cumple con el requisito para acceder al beneficio de la transición de la Ley 100 de 1993; allí no se aportan

elementos de juicio para arribar a una conclusión diferente a la expuesta por el a quo, pues como bien se dijo en el auto apelado i) no le asiste razón a Colpensiones para afirmar que la señora Gallego de Zuluaga no es beneficiaria el régimen de transición, en tanto y comoquiera que al 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad; ii) cumplió 55 años de edad el 14 de febrero de 1995 y no el 14 de febrero de 1992 como erradamente se indica en la demanda; y iii) el acto administrativo de reconocimiento pensional se basó en 517 semanas de cotización; luego entonces, tal y como lo hace ver el a quo, en esta etapa temprana del proceso no se cuenta con “*elementos de juicio suficientemente sólidos para acceder a la medida cautelar solicitada; además será necesario conocer los soportes documentales que tuvo en cuenta el ISS para afirmar -como lo hizo- en el acto demandado, que la interesada había cotizado 517 semanas, pues hasta ahora solo se cuenta con el resumen expedido por Colpensiones pero sin los soportes del mismo.*”

No están dadas las condiciones para concluir que la demandada no cumplió con el requisito de semanas mínimas cotizadas según lo establecido en el régimen a ella aplicable y por tanto, debe ser en el curso del proceso y mediante el debate probatorio correspondiente, que se despejen los cuestionamientos que subsisten en este momento sobre un aspecto central para la solución de esta litis.

Así las cosas, al no hallarse demostrado en este momento del proceso la ilegalidad del acto enjuiciado, es dado denegar la medida cautelar de suspensión del mismo como acertadamente lo resolvió la juez en el auto materia de impugnación, el cual, por esa misma razón, será confirmado.

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

III. Resuelve

Primero: Se confirma el auto del 20 de septiembre de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

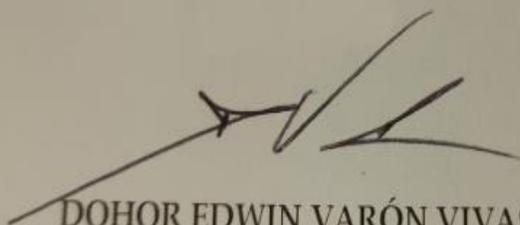
Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 224

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00019-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Mireya Bautista Contreras
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-311 del 8 de septiembre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

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

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

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

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

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 serán afiliados al Fomag cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los

fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

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

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

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”* e *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*, propuesta por el departamento de Caldas y negó las pretensiones de la parte demandante.

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

4. Recurso de apelación

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

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

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es

más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

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

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

estatuye la Ley 50 de 1990.

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

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

5. Pronunciamiento segunda instancia

5.1. La parte demandada, señaló que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, argumentando para ello que, Para la liquidación de las cesantías correspondientes al año 2020, que es el periodo de cesantías del cual el demandante reclama que presuntamente no se realizó la consignación, Fiduprevisora S.A. emitió el Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020, sería para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 de febrero de 2020.

Indicó además que, atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2018, para garantizar el principio de inescindibilidad de la norma se deben atender, en su integridad, las normas que gobiernan, en este caso, el régimen especial de los docentes del FOMAG. Al aplicar esas normas, encontramos este sistema no contempla cuentas individuales para cada docente, luego entonces no se da el hecho o acto de la consignación de las cesantías, con lo cual, no es posible extender una sanción que exclusivamente está contemplada para los casos de omisión o consignación tardía de las cesantías. Atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2018, encontramos que para garantizar el principio de inescindibilidad de la norma se deben atender, en su integridad, las normas que gobiernan, en este caso, el régimen especial de los docentes del FOMAG. Al aplicar esas normas, encontramos este sistema no contempla cuentas individuales para cada docente, luego entonces no se da el hecho o acto de la consignación de las cesantías, con lo cual, no es posible extender una sanción que exclusivamente está contemplada para los casos de omisión o consignación tardía de las cesantías.

Finalmente, y atendiendo a que es inaplicable el principio de favorabilidad como se expuso en precedencia respecto a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en tratándose de un régimen especial, lo pretendido en este medio de control deviene en improcedente

por lo que se deben denegar las pretensiones de la demanda.

Que por las razones y fundamentos de hecho y derechos expuestos se puede observar que a los docentes no les asiste derecho dado que pertenecen a un régimen especial y por tanto se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

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

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitencionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es "sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989" lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque "simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna".

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de

⁷ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

¹¹ Sentencia SU041/20

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

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

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003

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

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

que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

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

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

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$4.565.053, e intereses a las cesantías por \$857.900, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 1 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-311 de 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

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

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

¹⁵ F. 24- Archivo digital: 05

¹⁶ F. 1-5 Archivo digital: 05

¹⁷ F. 6 Archivo digital: 05

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

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.*

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

6. Conclusión

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

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

7. Costas en esta instancia

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

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

III. RESUELVE:

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

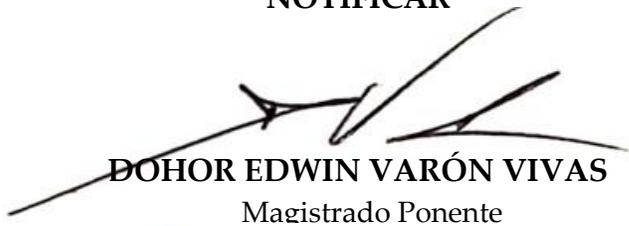
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Mireya Bautista Contreras contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 59 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 225

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00027-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Nubia Agudelo Castrillón
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-319 del 8 de septiembre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

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

mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

No contestó la demanda

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 serán afiliados al Fomag cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

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

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

Superintendencia Financiera.

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

3. Sentencia de primera instancia

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

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

4. Recurso de apelación

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

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

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

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

5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

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

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

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

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

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

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignarlas cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* - *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. - *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. - *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de*

Estado”; “Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”. –“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”. –“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

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

5. Pronunciamiento segunda instancia

5.1. La parte demandada, señaló que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, argumentando para ello que, Para la liquidación de las cesantías correspondientes al año 2020, que es el periodo de cesantías del cual el demandante reclama que presuntamente no se realizó la consignación, Fiduprevisora S.A. emitió el Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020, sería para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 de febrero de 2020.

Indicó además que, atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2018, para garantizar el principio de inescindibilidad de la norma se deben atender, en su integridad, las normas que gobiernan, en este caso, el régimen especial de los docentes del FOMAG. Al aplicar esas normas, encontramos este sistema no contempla cuentas individuales para cada docente, luego entonces no se da el hecho o acto de la consignación de las cesantías, con lo cual, no es posible extender una sanción que exclusivamente está contemplada para los casos de omisión o consignación tardía de las cesantías. Atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2018, encontramos que para garantizar el principio de inescindibilidad de la norma se deben atender, en su integridad, las normas que gobiernan, en este caso, el régimen especial de los docentes del FOMAG. Al aplicar esas normas, encontramos este sistema no contempla cuentas individuales para cada docente, luego entonces no se da el hecho o acto de la consignación de las cesantías, con lo cual, no es posible extender una sanción que exclusivamente está contemplada para los casos de omisión o consignación tardía de las cesantías.

Finalmente, y atendiendo a que es inaplicable el principio de favorabilidad como se expuso en precedencia respecto a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en tratándose de un régimen especial, lo pretendido en este medio de control deviene en improcedente por lo que se deben denegar las pretensiones de la demanda.

Que por las razones y fundamentos de hecho y derechos expuestos se puede observar que a los docentes no les asiste derecho dado que pertenecen a un régimen especial y por tanto se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

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

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

Parágrafo 1º. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la

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

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

totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 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”. (Destaca la Sala)

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

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

...

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

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

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del

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

Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

social.

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es "sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989" lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque "simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna".

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo -**que**

⁷ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

no estaba afiliado al Fomag-, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

¹¹ Sentencia SU041/20

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

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

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003

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

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

que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

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

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

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$5.101.415, e intereses a las cesantías por \$797.910, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 1 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-319 de 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

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

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

¹⁵ F. 23-24 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1-5 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 6 Archivo digital: 04

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

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

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

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.

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

6. Conclusión

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

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

7. Costas en esta instancia

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

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

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Nubia Agudelo Castrillón contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 59 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 226

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00076-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Gómez Urrea
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-257 del 8 de septiembre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

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

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

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

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

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 serán afiliados al Fomag cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

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

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

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* e *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"*, propuesta por el departamento de Caldas y Fomag y negó las pretensiones de la parte demandante.

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

4. Recurso de apelación

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

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

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el

acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Pronunciamiento segunda instancia

5.1. La parte demandada, señaló que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, argumentando para ello que, Para la liquidación de las cesantías correspondientes al año 2020, que es el periodo de cesantías del cual el demandante reclama que presuntamente no se realizó la consignación, Fidupervisora S.A. emitió el Comunicado No. 16 de 17 de diciembre de 2019, en el cual se dieron los lineamientos operativos y la fecha para presentar el reporte de cesantías para pago de intereses en la primera nómina del año 2020, sería para todas las Secretarías de Educación a nivel nacional, es hasta el 05 de febrero de 2020.

Indicó además que, atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2018, para garantizar el principio de inescindibilidad de la norma se deben atender, en su integridad, las normas que gobiernan, en este caso, el régimen especial de los docentes del FOMAG. Al aplicar esas normas, encontramos este sistema no contempla cuentas individuales para cada docente, luego entonces no se da el hecho o acto de la consignación de las cesantías, con lo cual, no es posible extender una sanción que exclusivamente está contemplada para los casos de omisión o consignación tardía de las cesantías. Atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-098 de 2018, encontramos que para garantizar el principio de inescindibilidad de la norma se deben atender, en su integridad, las normas que gobiernan, en este caso, el régimen especial de los docentes del FOMAG. Al aplicar esas normas, encontramos este sistema no contempla cuentas individuales para cada docente, luego entonces no se da el hecho o acto de la consignación de las cesantías, con lo cual, no es posible extender una sanción que exclusivamente está contemplada para los casos de omisión o consignación tardía de las cesantías.

Finalmente, y atendiendo a que es inaplicable el principio de favorabilidad como se expuso en precedencia respecto a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 en tratándose de un régimen especial, lo pretendido en este medio de control deviene en improcedente por lo que se deben denegar las pretensiones de la demanda.

Que por las razones y fundamentos de hecho y derechos expuestos se puede observar que a los docentes no les asiste derecho dado que pertenecen a un régimen especial y por tanto se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

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

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del

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

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

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

¹¹ Sentencia SU041/20

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

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

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003

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

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

que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

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

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

4. Hechos relevantes acreditados

- El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$4.445.102, e intereses a las cesantías por \$361.574, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 1 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-257 de 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por el demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

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

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

¹⁵ F. 30 Archivo digital: 05

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 05

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 05

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

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.*

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

6. Conclusión

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

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

7. Costas en esta instancia

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

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

III. RESUELVE:

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

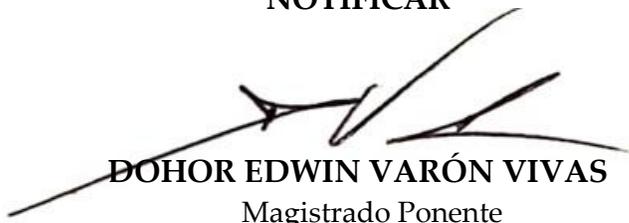
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jhon Jairo Gómez Urrea contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 59 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 221

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00197-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Lajas Mariam Folleco Ortiz
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 24 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada ante el departamento de Caldas, el 24 de agosto de 2021, y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por

la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación - Fomag

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

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

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES” E “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de

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

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

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

Propuso como excepciones *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“buena fe”*, e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación de la obligación”* propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo

Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

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

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15

de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

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

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

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

5. Pronunciamiento no recurrentes

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

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no

consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag,

dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

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

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de

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

enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo -**que no estaba afiliado al Fomag**-, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3^o

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de

¹¹ Sentencia SU041/20

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

Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003

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

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

que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

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

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

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 24 de agosto de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶

5. Análisis del caso concreto

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

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

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

¹⁵ F. 18 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1-4 Archivo digital: 04

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁷, 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	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia

¹⁷ 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)

*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 1989¹⁸.*

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

6. Conclusión

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

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

7. Costas en esta instancia

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

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

III. RESUELVE:

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

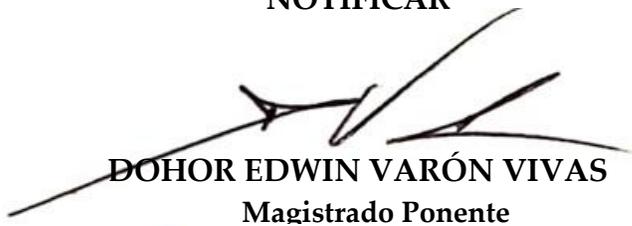
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 29 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Lajas Mariam Folleco Ortiz contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 59 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 222

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00354-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Julialba Castro Morales
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 28 de octubre del 2021, frente a la petición presentada ante el departamento de Caldas, el 28 de julio de 2021, y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por

la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación - Fomag

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

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

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES” E “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de

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

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

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

Propuso como excepciones *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“buena fe”*, e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación de la obligación”* propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo

Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

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

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15

de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

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

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

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

5. Pronunciamiento no recurrentes

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

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no

consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag,

dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

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

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de

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

enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de

¹¹ Sentencia SU041/20

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

Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003

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

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

que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

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

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

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 28 de julio de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶

5. Análisis del caso concreto

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

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

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

¹⁵ F. 13 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1 Archivo digital: 04

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁷, 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	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia

¹⁷ 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)

*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 1989¹⁸.*

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

6. Conclusión

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

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

7. Costas en esta instancia

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

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

III. RESUELVE:

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

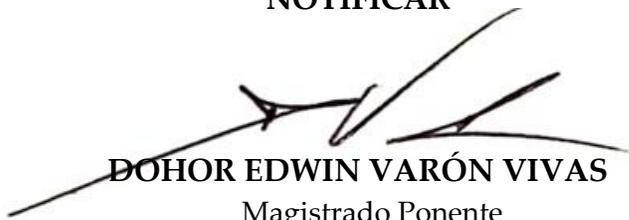
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 29 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Julialba Castro Morales contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 59 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 223

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00376-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Nancy Cardona Zapata
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 4 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada ante el departamento de Caldas, el 4 de agosto de 2021, y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

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

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por

la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación - Fomag

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

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

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE NO DEBIDO”, “CADUCIDAD”, “BUENA FE”, “PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE” Y “EXCEPCIÓN GENÉRICA”*

2.2. Departamento de Caldas

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

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

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

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

Propuso como excepciones *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“buena fe”*, e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación de la obligación con fundamento en la ley”* e *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”* propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del

contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Pronunciamiento no recurrentes

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

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

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

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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

En el numeral 3^o del artículo 15 de la norma citada, dispone el reconocimiento de cesantías

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

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

a favor del personal docente en dos condiciones, a saber:

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 9°. Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la

Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley

50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

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

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley

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

50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*" lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque "*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*".

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo -**que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción

⁷ "*Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación*".

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

¹¹ Sentencia SU041/20

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

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

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

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

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

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

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

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

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 4 de agosto de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶

5. Análisis del caso concreto

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

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

¹⁵ F. 22 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1-6 Archivo digital: 04

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

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁷, 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	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁸.

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

6. Conclusión

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

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

7. Costas en esta instancia

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

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 28 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Gloria Nancy Cardona Zapata contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 59 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación	17001-23-33-000-2023-00103-00
Clase	Validez
Accionante	Departamento de Caldas
Accionado	Municipio de Victoria – Caldas
Providencia	Sentencia No. 181

Procede esta Sala a decidir sobre el control de validez del Acuerdo Nro. 003 del 15 de abril de 2023 "Por medio del cual se autoriza recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia 2024", expedido por el Concejo del municipio de Victoria, Caldas.

I. Antecedentes

El día 23 de mayo de 2023, la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas radicó escrito ante el Tribunal Administrativo de Caldas con las siguientes pretensiones:

“Se DECIDA sobre la validez del Acuerdo Nro. 003 del 15 de abril de 2023 del Honorable Concejo del municipio de Victoria, Caldas "Por medio del cual se autoriza recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia 2024", del municipio de Victoria, Caldas”

1. Hechos

Sostiene la parte demandante que el Concejo Municipal de Victoria – Caldas, profirió el Acuerdo ya reseñado, luego de realizados los dos debates así:

El primero, el día 29 de marzo de 2023; y el segundo, el día 3 de abril de 2023, siendo sancionado el 15 de abril de 2023 por el señor Elkin Echeverry Buitrago en calidad de Alcalde del municipio de Victoria – Caldas.

Relata que el 21 de abril de 2023 fue radicado en la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas el referido Acuerdo municipal para su respectiva revisión por parte del señor Gobernador en desarrollo de la competencia establecida en artículo 305 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia.

Finalmente, indica que en ejercicio de la competencia establecida al Tribunal Administrativo por el Decreto ley 1333 de 1986 artículo 119 y siguientes, numeral 2 del artículo 151 de la ley 1437 de 2011 y artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, se presenta este procedimiento de control con el fin de que se revise su validez a la luz de la normativa vigente. De tal manera que en virtud del artículo 120 del decreto 1333 de 1986, en concordancia con el artículo 162, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, se envían copias del presente escrito al Alcalde Municipal, presidente del Concejo Municipal y Personería Municipal del Municipio de Victoria, Caldas para los fines establecidos en la norma.

2. Concepto de la violación

De concepto de violación expuesto por el departamento de Caldas se exponen como vulneradas, las siguientes:

- Constitución Política de Colombia: artículos 305, numeral 10; 313, numeral 5; 315, numerales 1, 3, 5, 6, 9 y 10.
- Ley 1551 de 2012, artículo 18, numeral 9, párrafo 4; y numeral 2.
- Decreto 111 de 1996, artículos 10, 12, 14, 51, 52 y 89.
- Ley 819 de 2003, artículo 12.
- Ley 1483 de 2011, artículo 1, literales a, b, c y d, párrafo 1.
- Decreto 2767 de 2012, artículo 1, literales a, b, c y d.
- Decreto 4836 de 2011, artículo 3.
- Decreto 1068 de 2015, artículo 2.8.1.7.6.
- Decreto Ley 1333 de 1986 artículo 119 y siguientes.
- Numeral 2 del artículo 151 modificado por el artículo 27 de la Ley 2080 de 2021 y artículo 162, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021.
- Demás normas constitucionales y legales lesionadas por las anteriores actuaciones.

El motivo de reparo de la Gobernación del Departamento de Caldas con relación al Acuerdo aludido radica en que el Concejo Municipal de Victoria, Caldas, autorizó recibir bienes y

servicios en la siguiente vigencia fiscal año 2024, sobrepasando el periodo fiscal comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre del año 2023, según dice, vulnerándose el principio de la Ley Anual de Presupuesto general de rentas y gastos para el respectivo año fiscal, contenido en los artículos 10, 12 y 14 del Decreto 111 de 1996.

Afirma que las apropiaciones aprobadas por el Concejo Municipal como autorizaciones máximas de gasto, deben ser ejecutadas o comprometidas durante la respectiva vigencia presupuestal, esto es, desde el 01 de enero al 31 de diciembre, dando así como resultado final el respectivo cierre fiscal, fecha final en la cual después de ésta, las autorizaciones expiran, teniéndose como consecuencia que no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse ni contra acreditarse; no siendo posible recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia fiscal año 2024, por parte del municipio de Victoria, Caldas. Agrega que, los bienes y servicios que se reciban por fuera de la vigencia fiscal sólo es permitida por una ordenación expresa del Concejo Municipal y el Consejo de Política Fiscal CONFIS bajo la figura de vigencias futuras, de acuerdo con lo establecido en la ley, y que tan bien por ser el último periodo de gobierno constitucional por parte del Ejecutivo Municipal, se está prohibido tramitar el mismo. Precisa al respecto que, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público; y que según el Acuerdo Municipal número 003 del 15 de abril de 2023, se está autorizando una vigencia futura y no una operación de crédito público o empréstito, conforme al Decreto 2681 de 1993.

Aunado a lo anterior afirma que en el artículo 1 literales a al d y párrafos 1 y 2 de la Ley 1483 de 2011, se tiene que sólo se podrá autorizar a nivel territorial -alcalde municipal- mediante la figura de vigencias futuras excepcionales la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, para adelantar obras para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, el cual debe cumplir con los siguientes requisitos:

a- Que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos de la entidad municipal.

b. El monto máximo de las vigencias futuras, estipulando el plazo y las condiciones de su cumplimiento, además debe contener la respectiva consulta de las metas plurianuales del Marco fiscal de Mediano Plazo indicadas en el artículo 5 de la Ley 819 de 2003, entere (sic) estas están i. El Plan Financiero, ii. Las metas de superávit primario, iii. Las acciones y medidas específicas en las que se sustenta el cumplimiento de las metas, con sus correspondientes cronogramas de ejecución; iv. Un informe de resultados fiscales de la vigencia fiscal anterior. V. Una estimación del costo fiscal de las exenciones tributarias existentes en la vigencia anterior, vi. Una relación de los pasivos exigibles y de los pasivos contingentes que pueden afectar la situación financiera de la entidad territorial; vii. El costo fiscal de los proyectos de acuerdo sancionados en la vigencia fiscal anterior; viii. Incorporar en su Marco Fiscal de Mediano Plazo los indicadores de las normas de responsabilidad fiscal territorial,

c) Previa autorización y aprobación en este caso por las entidades territoriales municipales por parte del Consejo de Política Fiscal COMFIS bajo la figura de vigencias futuras excepcionales.

d) En los casos que se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

Dice que la Ley 1483 de 2011 preceptúa que queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura en el último año de gobierno, del respectivo gobernador o alcalde, excepto para aquellos proyectos de cofinanciación con participación total o mayoritaria de la Nación y la última doceava del Sistema General de Participaciones. Para el caso que nos ocupa no se dio en el Acuerdo Municipal Nro. 003 del 15 de abril de 2023, donde dicha autorización debe ser dada por parte del Consejo de Política Fiscal COMFIS y del Concejo Municipal, para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras excepcionales el cual no podrá superar el respectivo período de gobierno; ni se dio el caso de cofinanciación del proyecto con participación total o mayoritaria de la Nación y la última doceava del Sistema General de Participaciones.

En cuanto a la prohibición expresa de la autorización para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras excepcionales, dice que no podrá superar el respectivo periodo de gobierno, excepto aquellos proyectos declarados previamente de importancia estratégica, por parte de los Consejos de gobierno de las entidades territoriales, los cuales deben cumplir con los requisitos preceptuados en el artículo 1 del Decreto 2767 de 2012.

Agrega que en el artículo 3° del Decreto 4836 de 2011, modificadorio del artículo 1° del Decreto 1957 de 2007, permite pactar la recepción de bienes y servicios en la vigencia siguiente, previo a una autorización por parte del Consejo de Política Fiscal CONFIS bajo la figura de vigencias futuras, no obstante, debe tenerse en cuenta igualmente que está prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura en el último año de gobierno del respectivo alcalde, salvo la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Concluye que no cumplieron los presupuestos legales para comprometer el presupuesto con cargo a vigencias futuras excepcionales superando el respectivo período de gobierno, al no darse alguno de los elementos principales, como es de la declaración previa de importancia estratégica de los proyectos por parte del Consejo de Gobierno de las entidades territoriales, y éstos, a su vez, ser cofinanciados con inversión nacional.

3. Contestación del municipio de Victoria, Caldas.

El ente territorial, en defensa del Acuerdo sub iudice, plantea que el requisito esencial de una vigencia futura es afectar un presupuesto diferente al de la actual vigencia. Si en el proyecto de acuerdo se deja la claridad que el valor de los contratos a ejecutar se asumen con la totalidad del presupuesto de la vigencia 2023, es decir no requiere recursos de otras vigencias,

solo que requiere una autorización para recibir los bienes y servicios en la siguiente vigencia, que es lo mismo que decir, que se convierte en una reserva de apropiación como lo contemplado en el artículo 89 del decreto 111 de 1996, es decir compromisos del actual presupuesto, pero que a 31 de diciembre del año 2023, no se alcanzan a recibir los bienes y servicios.

Expone que en el proyecto de acuerdo No.003 de 15 de abril de 2023, lo que se busca cumplir es que como las reservas de apropiación deben ser excepcionales para respetar el principio de la anualidad, entonces se aceptan las reservas de apropiación, pero deben obedecer a hechos fortuitos o fuerza mayor, que impidan recibir los bienes y servicios en la actual vigencia y se deben recibir en la siguiente vigencia. Cuando el rompimiento del principio de anualidad no es imprevisto, sino que está planteado desde el mismo momento de la celebración del contrato, se debe tramitar la autorización de recibir los bienes y servicios por parte del Concejo Municipal.

Señala que la única norma que trata sobre recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia cuando la totalidad del presupuesto es de la actual vigencia es el decreto No. 4836 de 2011, que modifica el decreto No.1957 de 2007.

A su juicio, lo que exige el artículo 3 del decreto 4836 de 2011, no es convertir el gasto que se realiza con la actual vigencia, en una vigencia futura, sino exigir que la autorización de recibir bienes y servicios se tramite de acuerdo con lo establecido en la ley, para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras Es decir, lo que se exige es que la autorización de recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia se tramite de acuerdo a como se debe tramitar en la ley una vigencia futura, es decir:

- a) *Con autorización del Concejo Municipal*
- b) *Con autorización del CONFIS*

Pero eso no la convierte en una vigencia futura, el certificado de disponibilidad presupuestal es de la vigencia actual, es decir 2023 y no como la vigencia futura extraordinaria, donde no existe afectación de la actual vigencia o de la vigencia futura ordinaria que exige solo el 15% del valor del presupuesto con afectación del presupuesto actual y el saldo con presupuesto de otras vigencias. Dice que *“Si el tribunal realiza un análisis concreto y analiza cómo es que una entidad pública cuestiona un Acuerdo Municipal por que solicita recibir bienes y servicios contratados el 100% con la actual vigencia, solo que no lo asume como reserva de apropiación, teniendo en cuenta la doctrina sobre que estas reservas deben ser excepcionales y si desde el mismo momento de la contratación se tiene la certeza de que su ejecución pasa la vigencia, debe tramitar la autorización de recibir bienes y servicios de acuerdo al artículo 3 del decreto 4836 de 2011.”*

II. Consideraciones de la Sala

El control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que, en el caso que ocupa la atención de la Sala, tiene lugar por solicitud del Gobernador del Departamento elevada ante el Tribunal Administrativo de Caldas, con arreglo a lo señalado en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política, respecto de los motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad planteados en el escrito remisorio.

El trámite que debe surtir en sede administrativa corresponde al dispuesto en el artículo 82 de la Ley 136 de 1994:

“Artículo 82º.- Revisión por parte del Gobernador. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución. La revisión no suspende los efectos de los acuerdos.”

A su vez, el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política precisa:

“ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.”

Entre tanto, el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 establece lo siguiente:

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

A su vez, el artículo 120 del Decreto 1333 de 1986 dispone:

“Artículo 12. Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el Acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso”.

En el memorial remisorio se sostiene que el Concejo Municipal de Victoria – Caldas, profirió el Acuerdo Nro. 003 del del 15 de abril de 2023 *“Por medio del cual se autoriza recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia 2024”.*

Dicho Acuerdo fue sancionado por el señor Elkin Echeverry Buitrago, en calidad de Alcalde

del Municipio de Victoria– Caldas y radicado el 21 de abril de 2023 en la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Caldas para su respectiva revisión por parte del señor Gobernador en desarrollo de la competencia establecida en artículo 305 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia.

Mediante auto del 8 de agosto de 2023 se abre el proceso a pruebas y surtida dicha etapa procesal, regresa al Despacho el 6 de septiembre de 2023 para dictar sentencia.

Así pues, previo agotamiento de las etapas procesales establecidas en el artículo 121 *ibidem*¹, se pone fin al trámite de control, mediante sentencia que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados y contra la cual no procede ningún recurso.

Procede entonces esta Sala Plural a decidir la solicitud de pronunciamiento sobre la Validez del Acuerdo Municipal ya referenciado.

1. Acervo Probatorio

De las pruebas que obran en el expediente se resaltan las siguientes, por ser de vital importancia en el estudio que se hace del asunto:

- Acuerdo Nro. 003 del 15 de abril de 2023 *"Por medio del cual se autoriza recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia 2024"*, expedido por el Concejo del Municipio de Victoria, Caldas. (Archivo 002)
- Certificación suscrita por la Secretaria General del Concejo Municipal de Victoria-Caldas, en donde se aduce que el primer debate se realizó el 30 de marzo de 2023 y segundo debate el 3 de abril de 2023. (Archivo 002).
- Sanción del Acuerdo No. 003 del 15 de abril de 2023, por parte del Alcalde del municipio de Victoria – Caldas. (Archivo 002)

¹ **ARTICULO 121.** *Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:*

1. *Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.*

2. *Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.*

3. *Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno."*

- Remisión del Acuerdo para revisión del Tribunal Administrativo de Caldas, con copia al Alcalde Municipal de Victoria – Caldas, al Presidente del Concejo Municipal de Victoria – Caldas y al Personero municipal de Victoria – Caldas. (Archivo 002)

2. Problemas Jurídicos.

2.1. ¿La autorización otorgada por el Concejo Municipal de Victoria – Caldas al Alcalde de dicha localidad para recibir bienes y servicios en vigencia del año 2024 en virtud de un convenio interadministrativo, requería de la autorización previa del Consejo de Política Fiscal – CONFIS de nivel territorial o de quien hiciere sus veces?

2.2. ¿Le asiste razón al departamento de Caldas para deprecar la declaratoria de invalidez del Acuerdo sub iudice?

A efectos de resolver lo pertinente, se abordarán los siguientes ítems: i) Requisitos de validez de los actos administrativos y, concretamente, de los acuerdos municipales; ii) Competencias constitucionales y legales de los Concejos Municipales y del Alcalde municipal; iii) Normativa aplicable en materia de recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso; iv) Análisis del caso concreto.

3. Requisitos de validez de los actos administrativos.

Los acuerdos municipales se erigen como uno de los medios a través de los cuales los concejos adoptan las decisiones a su cargo. Su naturaleza jurídica es la de ser **actos administrativos**.

De conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 71 y siguientes de la ley 136 de 2 de junio de 1994², la expedición de un acuerdo municipal constituye un trámite administrativo complejo en el que deben agotarse varias etapas y concurren distintas autoridades (iniciativa, debate(s), sanción del alcalde y publicación).

Como en la expedición de un acuerdo municipal concurren distintas autoridades (concejo y alcalde, en el caso bajo examen), este acto administrativo ha sido calificado como complejo³.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁴, agregando que, en materia de actos

²Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

³Lo característico del acto complejo es que la declaración de voluntad administrativa se forma mediante la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquella.

⁴Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del

administrativos complejos, la validez de este tipo de decisiones está sometida a la concurrencia de las voluntades que participan en su conformación: “... si no confluyen tales manifestaciones de voluntad, el acto no surge a la vida jurídica y, por ende, no puede válidamente producir efectos en derecho, ni crear situaciones jurídicas particulares y concretas”⁵.

La doctrina⁶ se ha referido al tema así:

“Si bien todos los requisitos se pueden subsumir en uno genérico como es el de legalidad, entendida en el más amplio sentido, atendiendo las particularidades técnico – jurídicas de los matices que tiene la legalidad respecto de los actos administrativos, tales requisitos son los siguientes, de acuerdo con la tendencia actual del derecho público y el desarrollo jurisprudencial del tema:

- CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN
- **LEGALIDAD SUSTANCIAL**
- COMPETENCIA U ÓRGANO COMPETENTE
- REAL Y ADECUADA MOTIVACIÓN
- OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES
- FIN LEGÍTIMO
- PROPORCIONALIDAD DE LA DECISIÓN”

Ahora bien, en el sub examen conviene centrar la atención en el elemento de validez de los actos administrativos referido a la “legalidad sustancial”.

Sobre a dicho ítem, la obra doctrinal antes citada ha indicado que:

“Es la adecuación o conformidad que todo acto administrativo debe tener con las normas sustanciales, tanto legales como reglamentarias, que les son inmediatamente superiores dentro de la materia o el asunto que en él se trate, es decir, relacionadas o pertinentes con el objeto del mismo. Es la armonía o compatibilidad que el acto administrativo debe guardar con el ordenamiento jurídico especial al cual pertenece (también llamado bloque normativo del acto).

Todo acto administrativo, en cuanto disposición o norma jurídica, está sujeto a reglas de creación, tanto materiales (normas sustanciales) como de procedimiento, de donde, sea cual fuere la clase a que pertenezca, significa, primero, un acto de aplicación o desarrollo de una o de varias normas sustanciales de derecho, y, en segundo lugar, uno de creación de otra norma de derecho, de modo que la legalidad sustancial impone que el contenido de esta nueva norma así creada debe estar dentro de los límites materiales de la norma o normas aplicadas, es decir, de la respectiva regla material de creación, sin que implique que el acto administrativo deba ser reproducción de la misma. Por ejemplo, si un acto administrativo contiene una decisión sobre una solicitud de pensión de un servidor público, su legalidad sustancial

7 de diciembre de 2011. Radicación: 68001-23-15-000-2002-00630-01 (1571-08)

⁵Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil No. 1.719 de 20 de abril de 2006, M. P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁶Berrocal Guerrero Luis Enrique, “Manual del Acto Administrativo”, Editorial ABC, 5ª edición, Bogotá D.C., 2009, pág. 109 y siguientes.

significa que debe estar acorde con las normas que regulan el derecho a la pensión solicitada.”

Ahora: la validez de los Acuerdos Municipales está supeditada al cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales que orientan su expedición; así se desprende de la Ley 1333 de 1986⁷, que al respecto señala:

Artículo 123º.- Son nulos los acuerdos expedidos en contravención a las disposiciones de la Constitución, de las leyes o de las ordenanzas. /Líneas de la Sala/

Los demás son válidos, aunque puedan ser tachados, con justicia, de inconvenientes.

Artículo 126º.- *Para todo lo relativo a la nulidad de los acuerdos se estará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo (Decreto - Ley 01 de 1984).*

Artículo 127º.- *Aprobado un proyecto o resolución cualquiera, puede ser reconsiderado y modificado, pero no se pueden revocar nombramientos ya comunicados, y cuando se trate de un acuerdo la revocación tiene que ser por medio de otro.*

4. Competencias constitucionales y legales de los Concejos Municipales.

Al respecto sea lo primero indicar que, ciertamente, “*las funciones del concejo están asignadas, por principio, en la Constitución Política y en la ley. Sin embargo, no es sencillo conocer en detalle el conjunto de atribuciones de la corporación, pues ellas están contempladas en diferentes principios constitucionales y en leyes de diferente naturaleza...*”⁹. No obstante, el marco normativo que aquí se ha de tomar en cuenta es, en criterio de la Sala de Decisión, suficiente para despejar los problemas jurídicos que se plantean en el sub-examine.

El artículo 313 de la Constitución Política establece las funciones a cargo de los Concejos Municipales, entre las cuales están las siguientes:

ARTICULO 313. *Corresponde a los concejos:*

...

3. *Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.*

Así mismo, la Ley 1551 de 2012 “*Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*” establece:

⁷Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.

ARTÍCULO 18. El artículo 32 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

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

(...)

*9. Dictar las normas de presupuesto y **expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos**, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, teniendo especial atención con los planes de desarrollo de los organismos de acción comunal definidos en el presupuesto participativo y de conformidad con las normas orgánicas de planeación. /Resaltado fuera del texto original/*

5. Normativa aplicable en materia de recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso.

El Decreto 4836 de 2011 “por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se modifican los Decretos 115 de 1996, 4730 de 2005, 1957 de 2007 y 2844 de 2010, y se dictan otras disposiciones en la materia” dispone en su artículo 3° lo siguiente:

Artículo 3°. Modifícase el artículo 1° del Decreto 1957 de 2007, el cual quedará así:

“Artículo 1°. Los compromisos presupuestales legalmente adquiridos, se cumplen o ejecutan, tratándose de contratos o convenios, con la recepción de los bienes y servicios, y en los demás eventos, con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible su pago.

Para pactar la recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso, se debe contar previamente con una autorización por parte del Confis o de quien este delegue, de acuerdo con lo establecido en la ley, para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras. Para tal efecto, previo a la expedición de los actos administrativos de apertura del proceso de selección de contratistas en los que se evidencie la provisión de bienes o servicios que superen el 31 de diciembre de la respectiva vigencia fiscal, deberá contarse con dicha autorización.

[...]” /rft/

El Decreto 1068 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público” consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 2.8.1.7.6. Ejecución compromisos presupuestales. Los compromisos presupuestales legalmente adquiridos, se cumplen o ejecutan, tratándose de contratos o convenios, con la recepción de los bienes y servicios, y en los demás eventos, con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible su pago.

El cumplimiento de la obligación se da cuando se cuente con las exigibilidades correspondientes para su pago.

Para pactar la recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso, se debe contar previamente con una autorización por parte de Consejo Nacional de Política Fiscal - Confis o quien este delegue, de acuerdo con lo establecido en la ley, para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras. *Para tal efecto, previo a la expedición de los actos administrativos de apertura del proceso de selección de contratistas en los que se Evidencie la provisión de bienes o servicios que superen el 31 de diciembre de la respectiva vigencia fiscal, deberá contarse con dicha autorización. /rft/*

6. Caso concreto.

Teniendo en cuenta que el cargo planteado por el departamento de Caldas se contrae a la ilegalidad sustancial del Acuerdo No. 003 del 15 de abril de 2023, comoquiera que, la recepción de bienes y servicios que con el mismo se autoriza, no cuenta con la autorización previa del Confis territorial ni se acreditan los requisitos de ley para asumir obligaciones con cargo a presupuesto de vigencias futuras.

Sea lo primero indicar que el Acuerdo sub examine, busca darle solvencia al proyecto de actualización del Esquema de Ordenamiento Territorial del municipio de Victoria- Caldas. con el fin de llevar a cabo el referido proyecto, se pretende suscribir un convenio entre la Secretaría de Planeación del departamento de Caldas, la Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas y el municipio de Victoria – Caldas.

Se dice en las consideraciones el Acuerdo No. 003, que *“para lograr el cierre financiero adicional a los recursos prometidos por la Gobernación y Corpocaldas, el Municipio presentó proyecto de acuerdo para que el Concejo Municipal aprobara endeudamiento, expidiéndose así el Acuerdo Municipal No.010 del 24 de noviembre de 2022, "Por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal para contratar un empréstito con destino a la actualización del Esquema de Ordenamiento Territorial, acorde al Plan de Desarrollo Municipal.”*

Significa lo anterior que, con el convenio tripartito se procura aunar esfuerzos y obtener recursos económicos tanto del municipio de Victoria – a través de un empréstito – como de las dos entidades ya mencionadas, las cuales aportarán bienes y servicios durante la vigencia del año 2024.

Ahora bien, en los considerandos del Acuerdo también se indica que, la ejecución del convenio que se firmará por dichas entidades, sobrepasará la actual vigencia pero se ejecutará con recursos de la actual.

Al respecto conviene precisar desde ahora que, el supuesto de hecho bajo examen y con ocasión del cual se ha suscitado la presente controversia, se encuentra previsto y

expresamente regulado en la ley, de modo que, no es el Acuerdo expedido por la corporación edilicia sino las normas de orden nacional, las que se encargan de reglamentar la incorporación de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso.

En efecto, tanto el Decreto 4836 de 2011, artículo 3°, como el artículo 2.8.1.7.6. del Decreto 1068 de 2015 citados ut supra, establecen con toda claridad que *“Para pactar la recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso, se debe contar previamente con una autorización por parte de Consejo Nacional de Política Fiscal - Confis o quien este delegue, de acuerdo con lo establecido en la ley, para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras.”* Ahora bien, se trata de decretos que reglamentan las normas orgánicas de presupuesto, a las cuales también deben ceñirse los entes territoriales tal y como lo prevé el artículo 109 del Decreto 111 de 1996, a saber:

Artículo 109. *Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.*

A tono con lo anterior, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003⁸, dispone que *“En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, **previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.**”*⁹

Luego entonces, no porque el Concejo Municipal diga en el Acuerdo que el convenio se ejecutará con recursos de la actual vigencia fiscal (2023) y busque hacer ver que los recursos a recibir en el año 2024 tendrán el carácter de reserva presupuestal, se puede desconocer lo ya regulado en el Decreto 4836 de 2011 y en el Decreto 1068 de 2015 en referencia.

Así las cosas, a partir de esos preceptos legales¹⁰ ha de concluirse que, aunque la suscripción

⁸ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

⁹ El CONFIS o Consejo Superior de Política Fiscal es el rector de la política fiscal y coordinador del sistema presupuestal. En el nivel nacional estará constituido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público (quien lo preside), el Director del Departamento Nacional de Planeación⁶⁶, el Consejero Económico de la Presidencia de la República o quien haga sus veces, los Viceministros de Hacienda los directores generales de Presupuesto Nacional, Crédito Público, Impuestos y Aduanas, y del Tesoro⁶⁷. El Consejo Municipal o Departamental de Política Fiscal, dependiendo del nivel, surge de la adaptación de la figura del nivel nacional a cada uno de los niveles. Por lo anterior, **se entiende que es un organismo técnico adscrito a la Secretaría de Hacienda y será rector de la política fiscal y encargado de coordinar el sistema presupuestal en el ámbito de competencia municipal o departamental.** (Tomado del documento “Bases para la Gestión del Sistema Presupuestal Territorial” del Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblicas/Documentos%20GFT/1.%20Bases%20para%20la%20Gesti%C3%B3n.pdf>)

¹⁰ Decreto 4836 de 2011 *“por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se modifican los Decretos 115 de 1996, 4730 de 2005, 1957 de 2007 y 2844 de 2010, y se dictan otras disposiciones en la materia”,* artículo 3. Y Decreto 1068 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”.*

del convenio interadministrativo se haga en la presente vigencia fiscal, se sabe que parte de los recursos o si no todos, se recibirán en la siguiente vigencia fiscal – año 2024 – y en tal supuesto de hecho, la norma exige la autorización previa del Concejo Municipal y del Consejo de Política Fiscal Territorial o el organismo que en dicho nivel haga sus veces, tal y como lo prevé la ley no solamente para el nivel nacional sino para el territorial. Dichos organismos deben pronunciarse a efectos de determinar la viabilidad de que se reciban bienes y servicios en una vigencia siguiente a la de la celebración del compromiso y para ello, debe verificar lo establecido en la ley para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras; vale decir, en estos casos se debe constatar el cumplimiento de las mismas exigencias que se predicen para afectar vigencias futuras.

Y en relación con tales exigencias convergen una serie de normas que por vía jurisprudencial¹¹ han merecido las siguientes consideraciones:

*La Ley 819 de 2003, que modificó las disposiciones de la Ley 179 de 1994 - incorporadas al Decreto 111 de 1996-, mantuvo la distinción entre vigencias presentes y futuras, pero introdujo una nueva: **vigencias futuras ordinarias y vigencias futuras excepcionales**¹⁴. El artículo 10 precisó que el Consejo Superior de Política Fiscal podrá autorizar la asunción de compromisos que afecten el presupuesto de las vigencias futuras siempre que: i) la ejecución inicie en la vigencia en curso, ii) su objeto se adelante en cada una de ellas, y se verifiquen estos otros requisitos: iii) el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1 de la Ley 819 de 2003; iv) como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas – vigencia presente-; v) cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo¹⁵.*

En concepto del 23 de octubre de 2003, exp. 1.520, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, precisó -respecto a las vigencias futuras ordinarias- que el Consejo Superior de Política Fiscal estaba facultado para autorizar la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras, siempre que el programa se inicie con presupuestos de la vigencia en curso, además para su procedencia deben observarse las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado anualmente en los departamentos, en los distritos y municipios de categoría especial, 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003 -en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-. Finalmente, debe contarse con un porcentaje mínimo del 15% de apropiación presupuestal de la vigencia en curso¹⁶. La norma también advirtió, como gran novedad del manejo presupuestal – con la finalidad de proteger los recursos de los administradores públicos futuros-, que en las entidades territoriales no es posible autorizar compromisos con cargo a vigencias futuras que excedan el respectivo período de gobierno. Pero a continuación estableció una excepción, para los proyectos que involucren gastos de inversión que sean declarados de importancia estratégica por el mismo órgano.
[...]

Por su parte, las vigencias futuras excepcionales –art. 1117- son aquellas en virtud de las cuales el Consejo Superior de Política Fiscal autoriza la asunción de compromisos que afectan el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se conceden¹⁸, en los siguientes eventos: para la ejecución de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa, seguridad y garantías a las concesiones¹⁹.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565)

[...]

De otra parte, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 reguló las vigencias futuras ordinarias en las entidades territoriales. Dispuso que la competencia para expedir estas autorizaciones es de las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, a iniciativa del gobierno, previa aprobación del Confis territorial o del órgano que haga sus veces²¹.

En esa línea de pensamiento, la afectación de las vigencias futuras procede siempre que su ejecución se inicie con los recursos de una vigencia en curso, su objeto se adelante en cada una de ellas y también se verifiquen los siguientes requisitos: "a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley; b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas; c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación." – artículo 12 de la Ley 819 de 2003-. Además, la facultad de las Asambleas y los Concejos municipales de autorizar las vigencias futuras ordinarias es indelegable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 y la jurisprudencia de la Corporación. [...]

... la Ley 1483 de 2011 cambió el panorama de las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales, pues autorizó asumir compromisos que las afectan, sin apropiación en el presupuesto del año en que la Asamblea o el Concejo lo autorizan, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: i) solo podrán autorizarse para la ejecución de proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos; ii) el monto máximo de vigencias futuras, plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5º de la Ley 819 de 2003; iii) se cuente con aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces; iv) cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación²².

De otra parte, la autorización para comprometerlas, que otorgan las Corporaciones de Elección Popular, no pueden superar el respectivo período de gobierno, salvo que se trate de proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno los declare de importancia estratégica.

[...]

El acuerdo No. 003 data del 15 de abril de 2023 versa sobre la recepción de bienes en virtud de un convenio o compromiso que las entidades suscribirán en la presente vigencia fiscal, el cual, valga decir, coincide con el último año de gobierno¹² del actual alcalde del municipio de Victoria -Caldas. En efecto, la fecha fijada para la elección de las máximas autoridades territoriales en departamentos, ciudades y municipios del país es el próximo 29 de octubre de 2023. El 31 de diciembre de 2023 finaliza el periodo constitucional de cuatro años (2020-2023) para el que fueron elegidos, el pasado 27 de octubre de 2019, gobernadores, alcaldes, diputados departamentales, concejales de ciudades y municipios, y ediles de las Juntas Administradoras Locales (JAL).

En el sub examine, el compromiso se asume en el año 2023 pero los recursos derivados del

¹² Artículo 314 de la Constitución Política: *En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.*

convenio se recibirán en el año 2024; luego, no es preciso afirmar – como lo hace el municipio de Victoria – que todos los recursos para llevar a cabo la actualización del EOT corresponden a la actual vigencia fiscal 2023.

Así pues, fuerza concluir que nos hallamos en el supuesto de hecho del artículo 3 Decreto 4836 de 2011 y artículo 2.8.1.7.6 del Decreto 1068 de 2015, razón por la cual se requiere de la autorización del Concejo Municipal y del CONFIS TERRITORIAL o quien haga sus veces, pues este último es quien tiene a su cargo evaluar el cumplimiento de los requisitos para comprometer vigencias futuras que excedan el respectivo período de gobierno. Ese control es el que se echa de menos al revisar los soportes y anexos del Acuerdo sub iudice y que da lugar, tal y como lo solicita el departamento de Caldas, a declarar la invalidez del mismo.

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

III. Falla

Primero: Se declara inválido el Acuerdo Nro. 003 del 15 de abril de 2023 *"Por medio del cual se autoriza recibir bienes y servicios en la siguiente vigencia 2024, derivados de los siguientes contratos o convenios: CONVENIO INTERADMINISTRATIVO "AUNAR ESFUERZOS ENTRE CORPOCALDAS, LA GOBERNACIÓN DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE VICTORIA PARA LA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DEL ESQUEMA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL MUNICIPIO DE VICTORIA"*, expedido por el Concejo del municipio de Victoria, Caldas.

Segundo: Se remite copia de este proveído al señor Alcalde Municipal de Victoria – Caldas, al Presidente del Concejo Municipal de la misma localidad y al Señor Gobernador del departamento de Caldas.

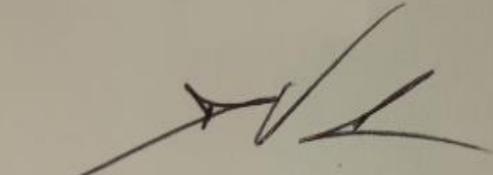
Tercero: En firme esta sentencia, **Archívese** el expediente previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 199

Radicado: 17-001-33-33-009-2023-00107-02
Naturaleza: Ejecutivo (contractual)
Ejecutante: Empresa Metropolitana de Aseo de Chinchiná S.A. E.S.P.
Ejecutado: Municipio de Chinchiná, Caldas

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada contra el auto mediante el cual se rechazó la demanda.

1. Antecedentes

1.1. Solicitud de ejecución

La parte ejecutante promovió demanda ejecutiva contra el municipio de Chinchiná, Caldas, con el fin de que esta entidad efectuase el pago de los valores adeudados con ocasión del contrato No. 239 del 10 de mayo de 2019 referente a la transferencia a la E.S.P. de los subsidios del servicio de aseo domiciliario de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 del municipio para la vigencia 2019.

Con fundamento en la referida obligación, la ejecutante solicitó decretar la medida cautelar de embargo de los depósitos que a cualquier título tuviese la entidad ejecutada en diferentes instituciones financieras y de una serie de bienes inmuebles de propiedad de la demandada.

1.2. Auto apelado

Mediante auto del 18 de julio de 2023 se concedió a la parte ejecutante un término de diez (10) días para que subsanara la demanda acreditando el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, de forma previa a la presentación de la demanda ejecutiva, en los términos del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012.

Frente a lo anterior, a través de escrito presentado el 31 de julio de 2023 -con posterioridad a la ejecución de la decisión-, el apoderado judicial de la parte ejecutante aseguró que, en el presente caso se están solicitando medidas cautelares

de carácter patrimonial, razón por la cual, en su criterio no es exigible el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

Finalmente, mediante auto del 9 de agosto de 2023 el *a quo* advirtió que, con el escrito de corrección la parte ejecutante no acreditó el requisito de conciliación extrajudicial previo a la interposición de la demanda ejecutiva como se ordenó, destacando que las razones de inconformidad expuestas por el apoderado judicial de la parte ejecutante no tienen cabida en el escrito de corrección, toda vez que, para ello debió hacer uso del recurso de reposición dentro del término de ejecutoria de dicho proveído, lo cual no ocurrió.

Por lo anterior, advirtió que la consecuencia procesal ante la no corrección de la demanda en los términos impartidos no es otra que el rechazo de la misma.

1.3. Recurso de apelación

Frente a la referida decisión la entidad ejecutante formuló recurso de apelación, manifestando en síntesis que desde el escrito de demanda se formuló solicitud de medidas cautelares de carácter patrimonial, consistentes en el embargo y secuestro de algunos bienes inmuebles y dineros depositados en cuentas bancarias de la entidad ejecutada, por lo cual, no era dable exigir el requisito de conciliación prejudicial, pues en su criterio el artículo 590 de la Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso- y el artículo 67 de la Ley 2220 de 2022 como norma posteriores a la Ley 1551 de 2012, habrían derogado o modificado tácitamente la exigencia de dicho requisito de procedibilidad, pues en dichas disposiciones se advierte que este no será exigible cuando se deprequen medidas cautelares.

Aunado a lo anterior, señala que no es admisible que el Despacho no haya tenido en cuenta ni se haya pronunciado sobre los argumentos que se le expusieron en el escrito de subsanación alegando que debió interponerse el recurso respectivo contra el auto admisorio, pues el silencio del Juzgado en ese sentido le impide al apoderado de la entidad ejecutante ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, a la doble instancia y a la administración de justicia.

2. Consideraciones

El numeral 2 del artículo 169 del CPACA, establece que procederá el rechazo de la demanda *“Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida”*, razón por la cual al haberse omitido corregir la demanda en los términos ordenados por el Juez de instancia, ello resulta como motivo suficiente para confirmar el rechazo de la demanda ejecutiva propuesta por la Empresa Metropolitana de Aseo de Chinchiná S.A. E.S.P, a través de su apoderado judicial.

Sobre este particular, debe destacarse que no pueden ser de recibo los argumentos propuesto por la parte ejecutante acerca de una vulneración de sus derechos de contradicción o defensa por el referido proceder, pues precisamente el derecho de postulación que se exige para actuar ante la Jurisdicción Contencioso

Administrativa -artículo 160 del CPACA- determina que esto se efectuó a través de abogado, siendo precisamente este profesional el llamado a conocer las oportunidades procesales con que cuenta para plantear su oposición frente a las decisiones adoptadas en el proceso judicial, oportunidad que, descendiendo al caso concreto, no es otra que la que fue señalada por el *a quo*, esto es, la interposición del recurso de reposición dentro del término de ejecutoria de dicho proveído.

En tal sentido, al no haberse formulado oposición alguna, a través de la vía procesal adecuada -recurso de reposición-, es obligación de la parte asumir la orden de corrección que fuere impartida, sin que pueda pretender alegar su tino jurídico en el memorial de subsanación, presentado por fuera del término para la interposición del recurso horizontal.

Ahora bien, con el fin de efectuar un análisis integral de la orden de rechazo impartida, debe destacarse que el presente trámite ejecutivo tiene como génesis un crédito de naturaleza contractual en cabeza de una entidad territorial como es el municipio de Chinchiná, razón por la cual se impone traer a colación los contenidos del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, la cual advierte:

“ARTÍCULO 47. LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL. La conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios. La conciliación se tramitará siguiendo el procedimiento y los requisitos establecidos para la de los asuntos contencioso administrativos.

El acreedor podrá actuar directamente sin hacerse representar por un abogado. Dicha conciliación no requerirá de aprobación judicial, y su incumplimiento solo genera la consecuencia de que el acreedor puede iniciar el proceso ejecutivo correspondiente.

...

Para proteger el patrimonio público, el representante legal del municipio, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la territorial con competencia en el municipio de que se trate, podrá objetar créditos a cargo del municipio cuando a su juicio no esté justificada la causa de la misma o el cumplimiento de las obligaciones que sirvieron como causa de la deuda. Las acreencias objetadas serán excluidas del acuerdo conciliatorio y el objetante, o los demás intervinientes en la audiencia, podrán iniciar, dentro de los dos meses siguientes, la acción popular para proteger el derecho colectivo del patrimonio público en la que se decida la validez de la acreencia. En el proceso que siga dicha acción se podrá decretar, desde el inicio, la suspensión de la ejecutividad del acto en el que conste la obligación, cuando exista prueba siquiera sumaria o indicio que ponga en duda la causa del crédito...

Como puede observarse como meridiana claridad, el agotamiento de la conciliación prejudicial es un requisito claro de procedibilidad para que se pueda adelantar un proceso ejecutivo en contra de un municipio, requisito que ha sido determinado por el legislador con una finalidad clara de control tanto del

ministerio público como de los ciudadanos, respecto de las obligaciones cobradas a los municipios, esto atendiendo a la realidad material de estos, quienes en su gran mayoría cuentan con limitaciones en el manejo de sus recursos, en primer lugar por el gran porcentaje de recursos de su presupuesto con una destinación legal o constitucional específica, como por el igualmente regulado manejo de sus rentas propias de libre destinación.

Así mismo, el H. Consejo de Estado ha destacado la importancia de agotar dicha etapa para garantizar la sostenibilidad financiera y presupuestal de los municipios del país, al respecto esta Corporación indicó:

“En desarrollo del principio de «Economía y Buen Gobierno» que adicionó la misma ley (art. 4, lit. i), el artículo transcrito [47 de la ley 1551 de 2012] estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos que se adelanten contra los municipios. Dicho principio busca eficiencia en la gestión municipal a fin de que se garantice la autosostenibilidad económica y fiscal, y propende por la profesionalización de la administración. El propósito de la norma fue dotar a las administraciones de los entes municipales de una herramienta efectiva y eficaz para lograr su autosostenibilidad financiera. De manera tal que a través de una adecuada gestión y planeación financiera puedan tomar decisiones para conciliar el reconocimiento y pago de las obligaciones objeto de cobro por la vía ejecutiva...”¹

De acuerdo con lo anterior, el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial en el trámite de procesos ejecutivos en contra de los municipios, corresponde a una exigencia, cuyo cumplimiento no puede ser pasado por el alto por el operador judicial, pues ello conlleva una seria responsabilidad en la autosostenibilidad económica y fiscal del respectivo municipio frente al cual se pretenda una ejecución en sede judicial.

Respecto del argumento planteado por la parte actora, sobre una derogación o modificación tacita de la normativa que determinó dicho requisito de procedibilidad resulta necesario destacar que la norma contenida en el artículo 47 de la Ley 1551 de 2012 regula una situación especial, como es la interposición de proceso ejecutivos en contra de los municipios, disposición normativa que, entraña una naturaleza y una serie de finalidades que fueron determinadas como necesarias por el Legislador para este tipo específico de procesos ejecutivos, las cuales han sido igualmente advertidas por la Jurisprudencia Contencioso Administrativa como se advirtió líneas atrás.

En tal sentido, para la Sala no puede ser de recibo lo alegado por la parte ejecutante quien considera que el contenido general de los artículos 590² de la Ley 1564 de

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Álvaro Namén Vargas, 16 de diciembre de 2019, Radicación: 11001-03-06-000-2019-00179-00(2431).

² “...En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”.

2012 -Código General del Proceso- y el artículo 67 de la Ley 2220 de 2022³ hayan derogado tácitamente el contenido especial de la Ley 1551 de 2012.

Así las cosas, con faro en lo anterior, resulta necesario destacar que en el presente asunto la parte ejecutante no acreditó el agotamiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 47 de la ley 1551 de 2012, lo que impone confirmar la decisión adoptada.

Por lo expuesto, se

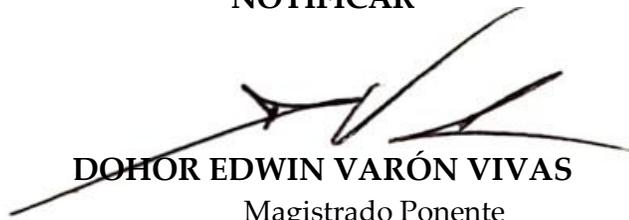
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 09 de agosto de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales, que dispuso el rechazo de la demanda ejecutiva interpuesta por la Empresa Metropolitana de Aseo de Chinchiná S.A. E.S.P. contra el Municipio de Chinchiná, Caldas.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 59 de 2023.

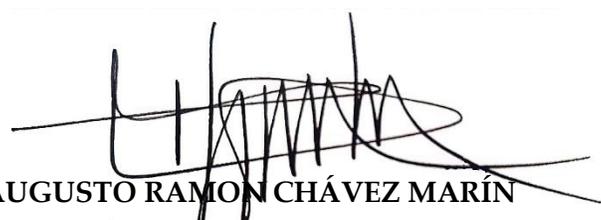
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

³ *“En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad*

Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto al respecto para los asuntos contencioso administrativo.” (Se subraya).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 319

Asunto:	Pone en conocimiento nueva oferta de revocatoria directa
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2021-00076-00
Demandantes:	Rafael Arango Gutiérrez Pilita S.A.S. Arango y Cía. S.A.S. Sucesores de Liborio Gutiérrez y Cía. S.A.S. Arango Gutiérrez Ltda. C.A.R. y Cía. S. en C. A. José Fernando Jiménez Arango Marsaff y Cía. S. en C. A. en liquidación María Teresa Jiménez Arango Jaime Alzate Palacios
Demandado:	Municipio de Manizales

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Se encuentra el proceso de la referencia a Despacho para resolver sobre la nueva oferta de revocatoria directa de los actos demandados presentada por la entidad accionada.

ANTECEDENTES

La demanda

El 5 de abril de 2021 fue interpuesto el medio de control de la referencia¹, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones n° 023 del 26 de mayo de 2020 y n° 078-2020 del 1° de diciembre de 2020, así como del Oficio n° 5020-2021-0003238-EE-001 del 8 de marzo de 2021, expedidas las primeras por el Municipio de Manizales y el último por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), y con los cuales, en su orden, se determinó la liquidación de la participación del efecto plusvalía, se resolvió un recurso de reposición y se negó la impugnación del avalúo.

¹ Archivos n° 01 y 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó declarar que los demandantes no se encuentran obligados a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía determinada en la Resolución n° 023 del 26 de mayo de 2020; y condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

De manera subsidiaria, la parte actora solicitó la declaratoria de nulidad parcial de las Resoluciones n° 023 del 26 de mayo de 2020 y n° 078-2020 del 1° de diciembre de 2020, así como la nulidad total del Oficio n° 5020-2021-0003238-EE-001 del 8 de marzo de 2021; y que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare lo siguiente:

1. Que el señor Rafael Arango Gutiérrez, propietario de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 100-189561 y 100-189562, y las sociedades C.A.R. y Cía. S. en C. A. y Marsaff y Cía. S. en C. A. en liquidación, propietarias de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 100-184979, 100-189976 y 100-224813, no se encuentran obligados a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía determinada en la Resolución n° 023 del 26 de mayo de 2020, debido a que el área de sus inmuebles, que se encuentra en el plano U33, es inferior a la unidad mínima de actuación para desarrollo de parcelaciones y a que el estudio de plusvalía no realiza cálculo de mayor valor producto de la acción urbanística por otros usos.
2. Que el señor Rafael Arango Gutiérrez, propietario de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 100-189561 y 100-189562, y las sociedades Arango Gutiérrez Ltda. y Marsaff y Cía. S. en C. A. en liquidación, propietarias de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 100-5733, 100-189976 y 100-224813, no se encuentran obligadas a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía determinada en la Resolución n° 023 del 26 de mayo de 2020, debido a que sus inmuebles se encuentran ubicados en centralidad suburbana, no siendo posible desarrollar vivienda en modalidad de parcelación, y a que el estudio de plusvalía no realiza cálculo de mayor valor producto de la acción urbanística por otros usos.
3. Que la señora María Teresa Jiménez Arango, propietaria en común en proindiviso de los inmuebles con matrículas inmobiliarias 100-101386 y 100-158957, no está obligada a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía determinada en la Resolución n° 023 del 26 de mayo de 2020 y en su confirmatoria, al no haber sido incluida en dicho acto administrativo como sujeto pasivo. Por lo tanto, y como

consecuencia de lo anterior, que se ordene que la eventual inscripción del gravamen no se registre respecto de la cuota de propiedad que ostenta dicha señora sobre los referidos inmuebles.

4. Que con fundamento en doble avalúo realizado a los inmuebles de los recurrentes por la Lonja de Avaluadores de Colombia S.A.S., adjuntado al recurso, y en aplicación del procedimiento de revisión previsto en los artículos 82 de la Ley 388 de 1997, 2.2.2.3.15 y 2.2.2.3.16 del Decreto 1170 de 2015 y 34 de la Resolución IGAC 620 de 2008, se reduzca el gravamen de los demandantes de la siguiente manera:

	PROPIETARIO	P1 JULIO 2017	P2	VALOR M ² PONDERADO	AREA OBJETO PLUSVALIA (UTIL)	TOTAL PONDERADO PLUSVALIA	MONTO DE PARTICIPACION 50%
1.1	Rafael Arango Gutiérrez	\$ 3.220	\$ 3.156	-\$ 64	736,49	-\$ 47.135	-\$ 23.568
1.2	Rafael Arango Gutiérrez	\$ 3.220	\$ 4.493	\$ 1.273	2.754,48	\$ 3.506.453	\$ 1.753.227
2	Pilita S.A.S.	\$ 3.220	\$ 6.196	\$ 2.976	97.443,84	\$ 289.992.868	\$ 144.996.434
3	Arango y Cia S.A.S.	\$ 3.220	\$ 9.684	\$ 6.464	127.922,44	\$ 826.890.652	\$ 413.445.326
4.1	Sucesores de Liborio Gutiérrez y Cia S.A.S.	\$ 3.220	\$ 6.156	\$ 2.936	46.009,24	\$ 135.083.129	\$ 67.541.564
4.2	Sucesores de Liborio Gutiérrez y Cia S.A.S.	\$ 3.220	\$ 8.222	\$ 5.002	315.300,50	\$ 1.577.133.101	\$ 788.566.551
8	Arango Gutiérrez Ltda	\$ 3.220	\$ 6.757	\$ 3.537	8.224,49	\$ 29.090.021	\$ 14.545.011
11	CAR y Cia S en C.A	\$ 3.630	\$ 2.996	-\$ 634	4.980,93	-\$ 3.157.910	-\$ 1.578.955
12.1	José Fernando Jiménez Arango	\$ 3.630	\$ 5.280	\$ 1.650	6.319,09	\$ 10.426.499	\$ 5.213.249
12.2	José Fernando Jiménez Arango	\$ 3.630	\$ 15.848	\$ 12.218	28.243,99	\$ 345.085.070	\$ 172.542.535
13.1	Marsaff y Cia S. en C.A.	\$ 3.630	\$ 5.099	\$ 1.469	3.546,04	\$ 5.209.133	\$ 2.604.566
13.2	Marsaff y Cia S. en C.A.	\$ 3.630	\$ 4.767	\$ 1.137	1.216,82	\$ 1.383.524	\$ 691.762
25.1	Jaime Alzate Palacios	\$ 3.220	\$ 9.192	\$ 5.972	23.103,99	\$ 137.977.028	\$ 68.988.514
25.2	Jaime Alzate Palacios	\$ 3.220	\$ 10.989	\$ 7.769	10.330,12	\$ 80.254.702	\$ 40.127.351
25.3	Jaime Alzate Palacios	\$ 3.220	\$ 8.691	\$ 5.471	7.894,40	\$ 43.190.262	\$ 21.595.131
25.4	Jaime Alzate Palacios	\$ 3.220	\$ 6.751	\$ 3.531	16.756,91	\$ 59.168.649	\$ 29.584.325

5. Que en el caso de la contribución de plusvalía determinada respecto de los inmuebles con matrículas inmobiliarias 100-101386 y 100-158957, dicho gravamen se reduzca a un 50% al señor José Fernando Jiménez Arango en su condición de propietario en común en proindiviso de los referidos predios en tal proporción.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

Reparto

El conocimiento del asunto correspondió por reparto al suscrito Magistrado, a cuyo Despacho fue allegado el expediente el 6 de abril de 2021².

Inadmisión y admisión de demanda

² Archivos nº 01 y 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

Mediante auto del 22 de abril de 2021³ se inadmitió la demanda. Una vez se corrigió el libelo, se admitió con auto del 4 de agosto de 2021⁴.

Reforma de la demanda

El 15 de octubre de 2021, la parte demandante presentó reforma de la demanda⁵, con la cual excluyó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) como entidad demandada, modificó y adicionó pretensiones, hechos, motivos de nulidad, al tiempo que aportó y solicitó otras pruebas.

En punto a las pretensiones de la demanda, con la reforma se incluyó la pretensión principal consistente en solicitar que se aplique la excepción de ilegalidad respecto del artículo 5 del Decreto Municipal 644 de 2019 que adoptó el estudio *"CONSULTORÍA PARA REALIZAR EL CÁLCULO Y REGLAMENTACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE PLUSVALÍA EN EL MUNICIPIO DE MANIZALES"* del 31 de enero de 2019, elaborado por el contratista Jorge Eliécer Gaitán Torres, en el marco del Contrato de Consultoría n° 1810080760 de 2018.

Se añadió como restablecimiento del derecho, lo siguiente: **i)** la cancelación de la inscripción de la Resolución n° 023 de 2020 y de la contribución de plusvalía, en los certificados de tradición y libertad de los inmuebles objeto de demanda; **ii)** el reintegro de los valores que fueran pagados y/o compensados en el transcurso del proceso judicial, ajustados con base en el IPC, junto con los intereses moratorios correspondientes, conforme a lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA; y **iii)** la condena en abstracto al Municipio de Manizales por los perjuicios generados por los actos demandados y su inscripción en los certificados de tradición y libertad de los inmuebles, según la indemnización que resulte probada en trámite incidental, permitido por el artículo 193 del CPACA.

Se excluyó como acto demandado en las pretensiones principales y subsidiarias, el Oficio n° 5020-2021-0003238-EE-001 del 8 de marzo de 2021, expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC).

En punto a las pretensiones subsidiarias, se incluyó al señor Jaime Alzate Palacios, propietario del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 100-54315, dentro del listado de accionantes que en concepto de la parte demandante no se encuentran obligados a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía determinada en la Resolución n° 023 del 26

³ Archivo n° 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Archivo n° 37 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Archivos n° 56 y 57 del cuaderno 1 del expediente digital.

de mayo de 2020, debido a que el área de sus inmuebles, que se encuentra en el plano U33, es inferior a la unidad mínima de actuación para desarrollo de parcelaciones y a que el estudio de plusvalía no realiza cálculo de mayor valor producto de la acción urbanística por otros usos

Se modificó una de las pretensiones subsidiarias, relacionada con la señora María Teresa Jiménez Arango, propietaria en común en proindiviso de los inmuebles con matrículas inmobiliarias 100-101386 y 100-158957, en punto a solicitar que como consecuencia de disponer que no está obligada a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía determinada en la Resolución n° 023 del 26 de mayo de 2020 y en su confirmatoria, se levante la eventual inscripción del gravamen respecto de la cuota de propiedad que ostenta dicha señora sobre los referidos inmuebles.

Así mismo, la pretensión subsidiaria relacionada con la reducción del gravamen a los demandantes fue variada, así:

CS GRAL	CS POR INMUEBLES	PROPIETARIO DEMANDANTE	MATRÍCULA INMOBILIARIA	% PROPIEDAD	VALOR ADOPTADO P1 AVALÚO	VALOR ADOPTADO P2 AVALÚO	VALOR PLUSVALÍA M2 PONDERADO AVALÚO	AREA UTIL (ÁREA OBJETO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA PLUSVALÍA)	VALOR PLUSVALÍA TOTAL PONDERADO AVALÚO	MONTO DE PARTICIPACIÓN DEL 50% DETERMINADO SOBRE EL INMUEBLE AVALUO	MONTO DE PARTICIPACIÓN PROPIETARIO SEGÚN PORCENTAJE DE PROPIEDAD SOBRE EL INMUEBLE AVALUO
1	1.1	RAFAEL ARANGO GUTIERREZ	100 189561	100%	\$ 3.220	\$ 3.156	-\$ 64	736,49 m2	(47.135)	(23.568)	(23.568)
1	1.2	RAFAEL ARANGO GUTIERREZ	100 189562	100%	\$ 3.220	\$ 4.493	\$ 1.273	2754,48 m2	3.506.453	1.753.227	1.753.227
2	2	PILITA S.A.S	100 202858	100%	\$ 3.220	\$ 6.196	\$ 2.976	97443,84 m2	289.992.868	144.996.434	144.996.434
3	3	ARANGO Y CIA SAS	100 98802	33%	\$ 3.220	\$ 9.684	\$ 6.464	127922,44 m2	826.890.652	413.445.326	138.090.739
4	4.1	SUCESORES DE LIBORIO GUTIERREZ Y CIA S.A.S	100 25112	100%	\$ 3.220	\$ 6.156	\$ 2.936	46009,24 m2	135.083.129	67.541.565	67.541.565
4	4.2	SUCESORES DE LIBORIO GUTIERREZ Y CIA S.A.S	100 26642	100%	\$ 3.220	\$ 8.222	\$ 5.002	315300,50 m2	1.577.133.101	788.566.551	788.566.551
8	8	ARANGO GUTIERREZ LTDA	100 5733	100%	\$ 3.220	\$ 6.757	\$ 3.537	8224,49 m2	29.090.021	14.545.011	14.545.011
11	11	C.A.R. y CIA. S. EN C. A	100 184979	100%	\$ 3.630	\$ 2.996	-\$ 634	4980,93 m2	(3.157.910)	(1.578.955)	(1.578.955)
12	12.1	JOSE FERNANDO JIMENEZ ARANGO	100 101386	50%	\$ 3.630	\$ 5.280	\$ 1.650	6319,09 m2	10.426.499	5.213.250	2.606.625
12	12.2	JOSE FERNANDO JIMENEZ ARANGO	100 158957	50%	\$ 3.630	\$ 15.848	\$ 12.218	28243,99 m2	345.085.070	172.542.535	86.271.268
13	13.1	MARSAFF Y CIA S. EN C.A EN LIQUIDACION	100 189976	50%	\$ 3.630	\$ 5.099	\$ 1.469	3546,04 m2	5.209.133	2.604.567	1.302.283
13	13.2	MARSAFF Y CIA S. EN C.A EN LIQUIDACION	100 224813	50%	\$ 3.630	\$ 4.767	\$ 1.137	1216,82 m2	1.383.524	691.762	345.881
25	25.1	JAIME ALZATE PALACIOS	100 23412	100%	\$ 3.220	\$ 9.192	\$ 5.972	23103,99 m2	137.977.028	68.988.514	68.988.514
25	25.2	JAIME ALZATE PALACIOS	100 75683	100%	\$ 3.220	\$ 10.989	\$ 7.769	10330,12 m2	80.254.702	40.127.351	40.127.351
25	25.3	JAIME ALZATE PALACIOS	100 54315	100%	\$ 3.220	\$ 8.691	\$ 5.471	7894,40 m2	43.190.262	21.595.131	21.595.131
25	25.4	JAIME ALZATE PALACIOS	100 54314	100%	\$ 3.220	\$ 6.751	\$ 3.531	16756,91 m2	59.168.649	29.584.325	29.584.325

Se incluyó como pretensión subsidiaria la relativa a que en el caso de la contribución de plusvalía determinada respecto del inmueble con matrícula inmobiliaria 100-98802, dicho gravamen se reduzca a un 33% a la sociedad Arango y Cía. S.A.S. en su condición de propietaria común en proindiviso del referido predio en tal proporción.

Finalmente se adicionó como pretensión subsidiaria y a título de restablecimiento del derecho, que se condene en abstracto al Municipio de Manizales a pagar a los accionantes los perjuicios generados por los actos demandados y su inscripción en los certificados de tradición y libertad de los inmuebles, según la indemnización que resulte probada en trámite incidental, como lo permite el artículo 193 del CPACA.

Con auto del 2 de diciembre de 2021⁶, el Despacho admitió la reforma de la demanda y además accedió a la solicitud de la parte actora de concederle un término de cuatro (4) meses siguientes a la notificación de dicha providencia, para allegar el dictamen pericial anunciado con la reforma.

El 9 de diciembre de 2021, la parte actora interpuso recurso de reposición contra el auto que admitió la reforma de la demanda⁷, a fin de que el término de cuatro (4) meses concedido para aportar el dictamen pericial fuera ampliado a seis (6) meses, teniendo en cuenta la existencia de un hecho sobreviniente.

Por auto del 7 de abril de 2022⁸, el Despacho repuso el auto referido y amplió el plazo para allegar el dictamen pericial anunciado con la reforma.

Petición de acumulación de procesos

El 13 de diciembre de 2021, dentro del proceso radicado con el número 17001-23-33-000-2021-00168-00, tramitado por el Despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes, el Municipio de Manizales solicitó la acumulación de dicho expediente al asunto de la referencia⁹.

Con auto del 18 de febrero de 2022¹⁰, la Magistrada Patricia Varela Cifuentes ordenó remitir el proceso radicado con el número 17001-23-33-000-2021-00168-00 a este Despacho para resolver sobre la solicitud de acumulación de procesos.

Mediante auto del 9 de marzo de 2022¹¹, el suscrito Magistrado negó la solicitud de acumulación presentada por el Municipio de Manizales dentro del proceso radicado con el número 17001-23-33-000-2021-00168-00, y ordenó que por la Secretaría de la Corporación se devolviera dicho expediente al

⁶ Archivo n° 61 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Archivos n° 62 y 63 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Archivo n° 77 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 71 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Archivo n° 69 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹ Archivo n° 73 del cuaderno 1 del expediente digital.

Despacho de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes.

Solicitud de ampliación del plazo para allegar dictamen

El 10 de octubre de 2022 la parte actora elevó solicitud tendiente a que se ampliara nuevamente el término concedido para aportar el dictamen pericial anunciado con la reforma de la demanda¹².

Por auto del 18 de enero de 2023¹³, el Despacho negó dicha petición en procura de materializar los principios de economía procesal y celeridad; y ordenó continuar el trámite regular del proceso.

Oferta de revocatoria

El 29 de mayo de 2023¹⁴, la entidad accionada radicó memorial a través del cual realizó oferta de revocatoria directa de los actos atacados¹⁵, en los siguientes términos:

Ante TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS - Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín-. Demandante: RAFAEL ARANGO GUTIÉRREZ, PILITA S.A.S., RANGO Y CÍA. S.A.S., SUCESORES DE LIBORIO GUTIÉRREZ Y CÍA. S.A.S., ARANGO GUTIÉRREZ LTDA., C.A.R. Y CÍA. S. EN C. A., JOSÉ FERNANDO JIMÉNEZ ARANGO, MARSAFF Y CÍA. S. EN C. A. EN LIQUIDACIÓN, MARÍA TERESA JIMÉNEZ ARANGO, JAIME ALZATE PALACIOS. Demandado: MUNICIPIO DE MANIZALES. Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, hacer OFRECIMIENTO DE REVOCATORIA DIRECTA, bien sea en la etapa conciliatoria o previo a esta, en virtud de lo expresado por el suscrito apoderado judicial y transcrito anteriormente y que se presenta a este comité, así:

Por parte del MUNICIPIO DE MANIZALES se presenta oferta de revocatoria dentro del proceso identificado con el número de radicación 2021-00076 que se adelanta ante el Magistrado AUGUSTO RAMÓN CHAVEZ MARIN en el sentido de Revocar la resolución 023 de 26 de mayo de 2020 y la Resolución número 078 del 1 de diciembre de 2021, y declarar que los demandantes no están obligados a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía liquidada mediante la Resolución No. 023 del 26/MAY/2020; lo cual no quiere decir que la administración municipal no pueda realizar una nueva determinación de la participación en plusvalía y liquidación nuevamente el efecto de ese tributo

¹² Archivos nº 80 y 81 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 83 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 85 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 86 del cuaderno 1 del expediente digital.

superando las deficiencias consignadas al interior de la Resolución No. 023 de 2020.

La citada oferta de revocatoria directa fue remitida a la parte actora en los términos del artículo 201A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹⁶.

El 2 de junio de 2023¹⁷ la parte accionante allegó memorial a través del cual rechazó la oferta de revocatoria directa¹⁸, por advertir que la misma está condicionada a que posteriormente se liquide una nueva determinación de la participación en plusvalía.

Teniendo en cuenta lo anterior, con auto del 15 de agosto de 2023¹⁹, el Despacho ordenó continuar el trámite normal del proceso.

Nueva oferta de revocatoria

El 8 de septiembre de 2023²⁰, el Municipio de Manizales radicó nueva oferta de revocatoria directa de los actos atacados²¹, en los siguientes términos:

Presentar oferta de revocatoria dentro del proceso identificado con el número 2021-00076 que se adelante (sic) ante el Magistrado AUGUSTO RAMÓN CHAVEZ (sic) MARIN (sic) en el sentido de Revocar la resolución 023 de 26 de mayo de 2020 y la Resolución número 078 del 1 de diciembre de 2021, y declarar que los demandantes no están obligados a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía liquidada mediante la Resolución No. 023 del 26/MAY/2020.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En materia de revocatoria directa, el Estatuto Tributario sólo regula las solicitudes presentadas por los contribuyentes, dentro de un procedimiento y término especial (artículos 736 a 738-1). Al no contemplar la revocatoria de oficio por la administración, o la oferta de revocatoria, para su examen debe acudirse a las normas generales contenidas en los artículos 93 a 97 del CPACA.

¹⁶ En adelante, CPACA.

¹⁷ Archivo nº 88 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 89 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 91 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 93 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹ Archivo nº 94 del cuaderno 1 del expediente digital.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 93 del CPACA, los actos administrativos deben ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, cuando quiera que: **i)** sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, **ii)** no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, y **iii)** con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Tratándose de un asunto que se ventila en un proceso judicial, el artículo 95 del CPACA autoriza que en el curso de aquel y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas pueden formular oferta de revocatoria de los actos administrativos demandados. El texto de tal norma es el siguiente:

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

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

Como se indicó anteriormente, el Municipio de Manizales, previa autorización del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de dicha entidad, allegó nueva oferta de revocatoria directa de los actos demandados, restableciendo los derechos de la parte actora al establecer que los demandantes no están obligados a pagar suma alguna por concepto de la contribución de plusvalía liquidada mediante la Resolución nº 023 del 26 de mayo de 2020.

Considera el Tribunal que la oferta de revocatoria presentada cumple los supuestos exigidos por el artículo 95 del CPACA para ser puesta en conocimiento de la parte demandante, pues: **i)** fue formulada previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad; **ii)** especificó los actos objeto de revocatoria que coinciden con los demandados; y **iii)** propuso la

manera de restablecer el derecho conculcado o de reparar el perjuicio causado con los actos enjuiciados.

Por lo expuesto, este Despacho del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. PONER EN CONOCIMIENTO de la parte accionante, la nueva oferta de revocatoria directa de los actos administrativos demandados, presentada por el Municipio de Manizales. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 95 del CPACA.

Segundo. Dentro del término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de este auto, la parte demandante deberá manifestar si acepta la oferta realizada.

Tercero. Vencido el anterior traslado, **REGRESE** el expediente a Despacho para proferir la decisión que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **eeafeb8bf8e769d880f5862bccbe0df9246212a4d930779a4f2a700f6e505152**

Documento generado en 06/10/2023 03:48:40 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 317

Asunto: Resuelve impedimento Juez
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-002-2023-00244-02
Demandante: Diego Fernando Aragón Bravo
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 052 del 06 de octubre de 2023

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dra. Patricia Varela Cifuentes, en calidad de Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

El señor Diego Fernando Aragón Bravo, actuando debidamente representado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad demandada niega el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial creada en el Decreto 382 de 6 de enero de 2013 y, por ende, la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos, conforme a los cargos que haya desarrollado en la entidad demandada.

¹ En adelante CGP.

² En adelante CPACA.

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es Juez la Dra. Patricia Varela Cifuentes.

Por auto del 06 de septiembre de 2023, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener esa servidora judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, la Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

³ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Auto del 11 de mayo de 2006. Radicado número: 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362).

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el Consejo de Estado⁴ ha sostenido al respecto que:

El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

- 1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o Séptimo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.*

En relación con el alcance de la expresión “interés directo” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Corte Constitucional en auto del 2 de

⁴ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado. Auto del 21 de abril de 2009. Radicado número: 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)IJ.

diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

(...)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar⁶". (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por "interés en el proceso", lo que se indica a continuación:

(...)

6. Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica⁸, lo siguiente:

"El "interés en el proceso", debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

⁵ Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer ”si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por la resolución cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso que eventualmente se fallare a favor de la parte accionante y, por tanto, habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Patricia Varela Cifuentes, en calidad de Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor José William Ortiz González contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

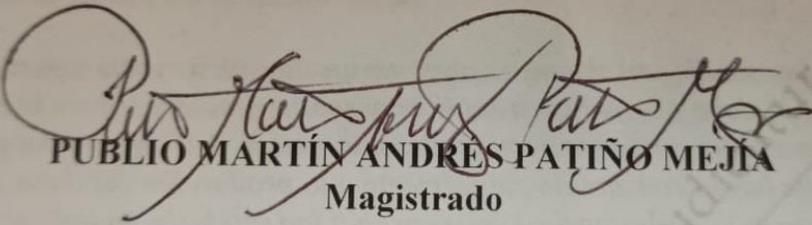
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **viernes trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

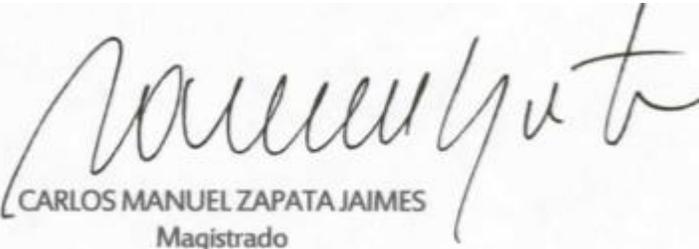
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 178
FECHA: 09/10/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 177

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-006-2021-00145-02
Demandante: Helia Chica de Álvarez
Demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 052 del 06 de octubre de 2023

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto la parte demandante contra la sentencia del catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), 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 Helia Chica de Álvarez contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)².

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 21 de junio de 2021³, se solicitó lo siguiente⁴:

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, UGPP.

³ Archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Páginas 5 a 6 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

Pretensiones

1. *Se declare la nulidad de la resolución 007672 de 7 de mayo de 1997, emitida por CAJANAL, por cuanto reconocido a LUIS EVELIO ALVAREZ HENKER pensión de jubilación con norma de ley 33 de 1985, en su versión original.*
2. *Se declare la nulidad de la resolución RDP 012759 de 23 de octubre de 2019, emitida por la UGPP, por cuanto reconoció a HELIA CHICA DE ALVAREZ la sustitución pensional por el fallecimiento de LUIS EVELIO ALVAREZ HENKER con norma de ley 33 de 1985, en su versión original.*
3. *Se declare la nulidad de la resolución RDP 008559 de 12 de abril de 2021, emitida por la UGPP, por cuanto negó a HELIA CHICA DE ALVAREZ, solicitud de reliquidación de pensión con los beneficios del régimen de transición.*
4. *Se declare la nulidad de la resolución RDP 013602 de 31 de mayo de 2021, emitida por la UGPP, que resolvió recurso de Reposición y negó a HELIA CHICA DE ALVAREZ, solicitud de reliquidación de pensión con los beneficios del régimen de transición.*
5. *A título de restablecimiento del derecho se ordene a la UGPP a reliquidar la pensión de vejez de LUIS ALVAREZ HENKER con los beneficios del régimen de transición de la ley 33 de 1985, con una tasa de reemplazo del 75% del IBL resultante del IBC del último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales por los cuales SUPERNOTARIADO realizó aporte a pensión: Asignación básica mensual, Bonificación por SS Prestados, gastos de representación, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, y vacaciones.*
6. *Que como consecuencia del ordinal anterior, se ordene a la UGPP a reliquidar la sustitución pensional a HELIA CHICA DE ALVAREZ, por el fallecimiento de LUIS ALVAREZ HENKER, en las mismas condiciones en que se reliquide la pensión del causante, diferencias que se deben reconocer desde el día 12 de enero de 2018.*
7. *Que se ordene a la UGPP a reconocer y pagar los intereses de mora de las diferencias que resulten de esta solicitud, reliquidación o en subsidio indexación de las diferencias reconocidas.*
8. *Que se condene a las partes demandadas al pago de las costas procesales.*

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁵:

1. El señor Luis Evelio Álvarez Henker, nació el día 27 de mayo de 1930 y falleció el día 9 de septiembre de 2018.
2. El señor Luis Evelio Álvarez Henker y la Sra. HELIA CHICA DE ALVAREZ contrajeron matrimonio el día 7 de febrero de 1954.
3. El señor Luis Álvarez Henker laboró por más de 40 años en entidades del sector público, así: Departamento de Caldas, Asamblea Departamental de Caldas, Contraloría del Departamento de Caldas, en los Departamentos del Quindío y Risaralda, pero básicamente en la Superintendencia de Notariado y Registro del municipio de Neira, Caldas.
4. Por medio de resolución 11493 de 1987, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL-, reconoció a Luis Evelio Álvarez Henker la pensión de jubilación, previo el retiro de empleado público.
5. El señor Luis Evelio Álvarez Henker continuó laborando en calidad de REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS de Neira Caldas desde hasta el día 6 de octubre de 1995.
6. Por medio de Resolución n°007672 de 7 de mayo de 1997, CANAJAL reconoció al causante la pensión de jubilación desde el 7 de octubre de 1995, día posterior a su retiro definitivo como servidor público, esta prestación fue reconocida con norma de la ley 33 de 1985, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo los factores salariales: Asignación Básica, Bonificación de servicios prestados y Prima de servicios.
7. Por medio de Resolución n°RDP 012759 de 23 de abril de 2019, la UGPP, reconoció a la señora Helia Chica de Álvarez la sustitución pensional por la muerte de su esposo desde el 10 de septiembre de 2018, en cuantía de \$3.011.718.00 pesos para el año 2018. (En el año 2019 recibió \$3.107.491).
8. El día 12 de enero de 2021 la señora Helia Chica de Álvarez procedió a solicitar reliquidación de pensión de vejez de su esposo y por ende sustitución pensional, invocando la normatividad establecida en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, que estableció el régimen de transición.

⁵ Páginas 1 a 5 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

9. Por medio de la Resolución RDP 008559 de 12 de abril de 2021, la UGPP negó la solicitud de reliquidación solicitada, con el argumento que al causante se le reconoció pensión de jubilación establecida en la ley 33 de 1985, a partir de 1 de septiembre de 1985 y que no es posible la aplicación de la ley 100 de 1993.
10. La parte demandante radicó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior decisión y por medio de la resolución RDP 013602 de 31 de mayo de 2021, la UGPP se ratifica en su negativa a reliquidar la pensión de jubilación del causante.
11. La Sra. Helia Chica de Álvarez solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión de vejez de su esposo y por ende sustitución pensional, con la norma más favorable del Régimen de Transición de la ley 33 de 1985, con una tasa máxima de reemplazo del 75% del IBL de lo devengado en el último año de servicios, 6 de octubre de 1994 hasta 5 de octubre de 1995, con la inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales Superintendencia realizó los aportes a pensión: Asignación básica mensual, bonificación por servicios prestados, gastos de representación, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, y vacaciones.
12. La demandante solicitó esta reliquidación con los beneficios del Régimen de Transición ante la UGPP, porque si bien por Resolución n°11493 de 1 de septiembre de 1987, se reconoció una pensión de jubilación, con el condicionamiento del retiro del causante como servidor público, la verdad es que este retiro no se dio, y su esposo siguió laborando hasta el 5 de octubre de 1995, donde le fue reconocida su pensión por medio de resolución 007672 de 7 de mayo de 1997, esto es en vigencia de la ley 100 de 1993.
13. La reliquidación de la pensión de Luis Evelio Álvarez Henker, tal como se solicitó a la UGPP en el recurso de reposición, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, o sea entre 6 de octubre de 1994 hasta 5 de octubre de 1995 con la inclusión de todos los factores enunciados en el numeral 21 de los hechos de esta demanda, sobre los cuales SUPERINTENDENCIA realizó el aporte a pensión, con una tasa del 75% del IBL.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones⁶: Constitución Política: artículo 53; Ley 100 de 1993: artículos 21, 36 y 150; Ley 33 de 1985: artículo 1.

Expuso que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 reglamento el régimen de transición en el que se encuentra el señor Luis Evelio Álvarez Henker, por cuanto al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad.

Manifestó que el señor Luis Evelio Álvarez Henker cumplió 55 años de edad y 20 años de servicio público el 27 de mayo de 1985 y en principio estuvo gobernado por la ley 33 de 1985 integral, no obstante considerando que al cumplimiento de la edad mínima no accedió a la pensión de jubilación, pues decidió seguir en su condición de empleado público y no existe prueba de que se hubiese desvinculado del sistema de reparto, se tiene que una vez entro en vigencia el Sistema General de Pensiones, esto es el 1 de abril de 1994, comenzó a hacer parte del mismo, conservando los beneficios que se desprenden del régimen de transición establecidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por lo tanto es beneficiario del régimen de transición de la ley 33 de 1985, pero también de la ley 100 de 1993.

Refirió además que la ley 100 de 1993 establece una tasa máxima del 85% del IBL y la ley 33 de 1985 de régimen de transición ofrece una tasa del 75% de IBL, a simple inspección se pensaría que la reliquidación de su pensión de vejez con aplicación de la ley 100 de 1993 con las cotizaciones de los últimos 10 años es condición más favorable, pero no es así, por cuanto esta reliquidación alcanza un mayor valor con aplicación del régimen de transición de ley 33 de 1985, con tasa del 75% y con los IBC del tiempo que le hiciera falta (1 de abril de 1994 hasta 6 de octubre de 1995) o con el último año de servicios (mejor condición- (6 de octubre de 1994 hasta 6 de octubre de 1995), en las cuales se deben incluir todos los factores salariales sobre los cuales se hallan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

Explicó que el señor Luis Evelio Álvarez Henker, fue servidor público y procede su liquidación con el promedio de lo devengado en el último año de servicio con la inclusión de todos los factores salariales sobre los que se realizó el aporte a pensión, pues en el formato CETIL de Supernotariado se consigna SI se realizó el aporte a pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁶ Páginas 7 a 9 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

Actuando debidamente representada y dentro del tiempo oportuno otorgado para tal efecto, la UGPP contestó la demanda⁷, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, expresando que al reliquidar la pensión de jubilación del causante señor Luis Álvarez Henker obró de acuerdo con la Ley, por lo tanto, no deben prosperar las pretensiones de la señora Helia Chica de Álvarez.

Explicó que el causante se encontraba amparado por el régimen de transición contenido en el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 33 de 1985, ya que a la entrada en vigencia de dicha ley tenía más de 15 años de servicio, razón por la cual el reconocimiento pensional fue otorgado cuando el causante cumplió 55 años de edad, con el 75% de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de los factores salariales sobre los cuales el causante realizó aportes pensionales.

Adujo que al causante le fue reconocida la pensión en el año 1987, teniendo en cuenta las normas y criterios vigentes para esa época, o sea que no es procedente aplicar criterios posteriores por el hecho de considerarlos más benéficos para la demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 14 de diciembre de 2021 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en primera instancia⁸, a través de la cual: **i)** declaró fundadas las excepciones formuladas por la UGPP; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** condenó en costas a la parte demandante. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que al causante le fue reconocida pensión de jubilación (Res 11493 de 1987) incluyendo sólo la asignación básica, prima de servicios, prima vacacional, prima de navidad.

Indicó que posteriormente al causante se le reliquidó la pensión de jubilación, mediante resolución 7672 de 1997 conforme a la ley 33 de 1985 y el decreto 1158 de 1994. Incluyendo asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima de antigüedad

Indicó que por medio de resolución RDP 012759 de 23 de abril de 2019, la UGPP, reconoció a la señora Helia Chica de Álvarez la sustitución pensional por la muerte de su esposo desde el 10 de septiembre de 2018, en cuantía de \$3.011.718.00 para el año 2018.

⁷ Archivo n° 14 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Archivo n° 22 del cuaderno 1 del expediente digital.

Expresó que durante el año de servicios previo al retiro definitivo, comprendido entre el 7 de octubre de 1994 y el 6 de octubre de 1995, al señor Luis Evelio Álvarez Henker se le cancelaron los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y vacaciones, pero que no se advierte ninguna prueba en el expediente que dé cuenta que se realizaron descuentos sobre factores distintos a los contemplados por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que subrogó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994.

Manifestó que en tal sentido se advierte que los actos administrativos demandados gozan de legalidad, en las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior; aplicando para su liquidación lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho.

Teniendo de presente lo decantado por la jurisprudencia en cita es claro que la prestación pensional debe ser reconocida aplicando el IBL resultante de promediar lo devengado durante el último año de servicios y en el que sólo se tuvieron como factores salariales los emolumentos contemplados en el Decreto 691 de 1994 modificado por el decreto 1158 de 1994, tal como dispone el acto administrativo de reconocimiento Resolución 7672 del 7 de mayo de 1997 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social; por lo cual no se accederá a lo pretendido por la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación dentro del término previsto para ello, de la manera que se indica a continuación:

Parte demandante⁹

Expresó que la Juez de primera instancia niega las pretensiones de la demanda con el argumento de que a pesar que existe dentro del expediente certificación electrónica expedida por el Ministerio del Trabajo de 3 de febrero de 2021, donde se consigna que se le cancelaron los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de

⁹ Archivo n° 25 del cuaderno 1 del expediente digital.

navidad y prima de vacaciones; no se advierte ninguna prueba en el expediente que dé cuenta que se cancelaron descuentos sobre los factores distintos a los contemplados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que subrogó el artículo 6 del decreto 691 de 1994.

Adujo que en su criterio la oficina de talento Humano de Supernotariado ha sido contundente en consignar en el certificado Cetil que el causante de la prestación realizó aportes a pensión sobre los factores certificados pues en la casilla "APORTE A PENSION" indica: "SI".

Expresó que en caso de duda en relación con el certificado, las autoridades judiciales pueden decretar auto de mejor proveer y aclarar si es del caso la certificación existente en el proceso.

Insistió en la reliquidación de pensión de jubilación del señor Luis Evelio Álvarez Henker con los beneficios del régimen de transición, con la inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales Supernotariado realizó el aporte a pensión como lo son: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, con el promedio del tiempo que le hiciera falta- desde 1 de abril de 1994 hasta 6 de octubre de 1995.

Adujo como pretensión subsidiaria que en el momento de reconocimiento del derecho al causante de la prestación le era aplicables la Ley 33 de 1985 y también la normativa de la ley 100 de 1993, aclarando que la norma que más le favorecía es la ley 100 de 1993-original-, con aplicación del Decreto 1158 de 1994, por lo que el artículo 34 de esa disposición le permite alcanzar una tasa máxima de reemplazo del 85% del IBL.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no se pronunciaron en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 23 de febrero de 2022¹⁰, y allegado el 23 de febrero del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹¹.

Admisión y alegatos. Por auto del 24 de febrero de 2022 se admitió el recurso de apelación. Dentro del término consagrado en la ley para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia, las partes no realizaron pronunciamiento. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 08 de junio de 2022 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹², la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

1.- Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar las siguientes cuestiones:

¿Cuáles son los factores base de liquidación en las pensiones de aquellas personas que causaron su derecho en vigencia de la Ley 33 de 1985?

¿Le asiste derecho a la señora Helia Chica de Álvarez, quien es beneficiaria de la sustitución pensional de su cónyuge fallecido Luis Evelio Álvarez Henker, a que su pensión de sobrevivientes se reliquide con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por aquel en el último año de servicio?

Para despejar los problemas planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable a la parte actora; **iii)** Los factores para determinar la base de liquidación de la pensión causada en vigencia de la Ley 33 de 1985; **iv)** Caso concreto.

¹⁰ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 02 del cuaderno 4 del expediente digital.

¹² Archivo nº 10 del cuaderno 2 del expediente digital.

2.- Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. De acuerdo con copia de la cédula de ciudadanía y el registro civil de defunción que obran en el expediente, el señor Luis Evelio Álvarez Henker, nació el día 27 de mayo de 1930 y falleció el día 9 de septiembre de 2018.
2. De acuerdo con registro civil de matrimonio de la Notaría Única de Filandia, Quindío, el Luis Evelio Álvarez Henker y la Sra. HELIA CHICA DE ALVAREZ contrajeron matrimonio el día 7 de febrero de 1954.
3. El señor Álvarez Henker ingresó a laborar al Departamento de Caldas el 11 de julio de 1947 hasta el 31 de diciembre de 1964¹³ con algunas interrupciones en la vinculación.
4. El señor ALVAREZ HENKER laboró a cargo de la Nación desde el 11 de enero de 1965 hasta el 06 de octubre de 1995, en la Superintendencia de Notariado y Registro.
5. En la Resolución n°11493 de 1987, CAJANAL hoy UGPP, reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a Luis Evelio Álvarez Henker (fl.20 C.1).
6. En Resolución n°007672 del 7 de mayo de 1997, CANAJAL reliquidó la pensión de jubilación del causante a partir del 7 de octubre de 1995, día posterior a su retiro definitivo como servidor público. Esta prestación fue reconocida con fundamento en las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, tomando como base el 75% de lo percibido en el último año de servicios incluyendo los factores salariales: Asignación Básica, Bonificación de servicios prestados y Prima de antigüedad.
7. Mediante Resolución n°RDP 012759 de 23 de abril de 2019, la UGPP, reconoció a la señora HELIA CHICA DE ALVAREZ la sustitución pensional por el fallecimiento de su esposo, con efectos desde el 10 de septiembre de 2018.

¹³ Página 22 y 49, archivo 02.

8. La señora Helia Chica de Álvarez solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión de su cónyuge fallecido, expresando que en el momento de reconocimiento del derecho pensional, al causante de la prestación le eran aplicables la ley 33 de 1985 y también la normativa de la ley 100 de 1993, aclarando que la norma que más le favorecía es la ley 100 de 1993-original-, con aplicación del Decreto 1158 de 1994, por lo que el artículo 34 de esa disposición le permite alcanzar una tasa máxima de reemplazo del 85% del IBL dado que alcanzó a laborar aproximadamente 1700 semanas.
9. En la Resolución RDP 008559 de 12 de abril de 2021, la UGPP niega a la parte demandante la solicitud de reliquidación solicitada, expresando que no es posible aplicar una ley posterior como lo es la ley 100 de 1993 respecto de la reliquidación prestacional como quiera que el status de pensionado fue adquirido el 27 de mayo de 1985.
10. Por medio de la Resolución RDP 013602 de 31 de mayo de 2021, la UGPP se ratifica en su negativa a reliquidar la pensión de jubilación del causante.

3.- Régimen pensional aplicable

De acuerdo con los hechos acreditados en el presente asunto, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no resulta aplicable a la parte demandante, por cuanto el causante de la prestación a ella sustituida consolidó su derecho pensional antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, y en esa medida el IBL de su prestación debe ser calculado conforme a las reglas de la Ley 33 de 1985.

En efecto, el régimen pensional de los empleados oficiales que hubieran aportado a las correspondientes cajas de previsión del sector público, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba regulado por la Ley 33 de 1985, la cual prescribía:

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

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado ha manifestado en diversas oportunidades¹⁴, que el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, es el que adquiere el empleado oficial cuando ha prestado 20 años de servicio continuos o discontinuos y ha cumplido 55 años de edad, conforme a lo ordenado por el artículo 1º ibidem.

4.- Los factores para determinar la base de liquidación de la pensión causada en vigencia de la Ley 33 de 1985

En relación con los factores para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 estableció:

ARTÍCULO 3º. "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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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." (Negrilla de la Sala).

El H. Consejo de Estado¹⁵ en providencia del 28 de octubre de 2021 al referirse a la forma de liquidar pensiones causadas en vigencia de la Ley 33 de 1985 expresó:

"En consecuencia, el ingreso base de la liquidación de la prestación, debía sujetarse a los precisos términos de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 que fue

¹⁴ Ver entre otros, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión de 8 de junio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2016-00034-00, decisión de 8 de junio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2016-00037-00 y, decisión de 26 de julio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2016-00107-00

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 25000-23-42-000-2015-02609-01(6240-19). Actor: JOSÉ BASILIO PRIETO ÁLVAREZ. Demandado: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP. Referencia: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL - INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA

modificada por la Ley 62 de 1985, según la cual este estaría constituido por los siguientes factores: asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Al respecto se advierte que los factores que echa de menos en la liquidación de su pensión, esto es, las primas de alimentación, de habitación y de navidad no están contemplados en la norma y en tal sentido, no es procedente la reliquidación en los términos reclamados en la demanda.”

En otra providencia que estudió el tema que es objeto de la controversia, esto es, los factores base de liquidación en las pensiones de aquellas personas que causaron su derecho en vigencia de la Ley 33 de 1985, el H. Consejo de Estado¹⁶ indicó:

“En cuanto a los factores base de liquidación, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, que reglamentó aquellos que eran susceptibles de ser incluidos en el cómputo pensional, así:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (...).”

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00714-01(0767-15). Actor: ISIDRO TARAZONA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Referencia: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. LEY 1437 DE 2011. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. IBL LEY 33 DE 1985.

De conformidad con las anteriores normas, se precisa que las pensiones de aquellas personas que causaron su derecho en vigencia de la Ley 33 de 1985 se liquidan con base en el 75% del promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron aportes a la entidad de previsión que hubiese percibido el trabajador en el último año de servicio y sobre los cuales existía el deber de cotizar, según el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1.º de la Ley 62 del mismo año, esto es, sobre: i) la asignación básica; ii) los gastos de representación; iii) las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; iv) dominicales y feriados; v) horas extras; vi) la bonificación por servicios prestados y; vii) el trabajo suplementario.

En el mismo sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, previó en su inciso sexto que, para la liquidación de las pensiones solo se tendría en cuenta aquellos factores sobre los cuales cada persona hubiese efectuado cotizaciones.

Ahora bien, esta Corporación en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 asumió la posición jurisprudencial según la cual la Ley 33 de 1985 no indicó en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos fueron simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador en el último año de servicio.

No obstante, el anterior razonamiento fue superado por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018¹⁷ cuando fijó como subregla que los factores salariales a incluirse en el IBL son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, al sostener que:

“(…) 101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia”.

Así las cosas, si bien la sentencia citada ut supra se pronunció sobre la forma en que debe aplicarse el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla sobre los factores salariales a incluirse en el IBL pensional debe ser extendida al caso de los beneficiarios de la Ley 33 de 1985 en cuanto hace referencia directa a la forma en la cual debe interpretarse el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, esto es, a la taxatividad de los factores computables en materia pensional.

De acuerdo con lo expuesto por el H. Consejo de Estado, la interpretación contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, citada en el fallo que ahora se analiza por vía de apelación como fundamento para reconocer la reliquidación de la pensión, fue superada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018 cuando fijó como subregla que los factores salariales a incluir en el IBL son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

Al resolver una tutela contra providencia judicial, el H. Consejo de Estado¹⁸ estudió si el beneficio de la transitoriedad de la Ley 33 de 1985, conlleva a que la pensión sea reconocida en un «equivalente al setenta y cinco por

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá, D.C., veinticuatro 24 de agosto de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 11001-03-15-000-2021-02919-01(AC), Actor: PEDRO NEL BORNACELLY MATUTE, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO, Tema Tutela contra providencia judicial. N y RD Reliquidación pensional. Transitoriedad Ley 33 de 1985. Desconocimiento del precedente. Decisión: Confirma la decisión del *a quo* que negó la solicitud de amparo. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio» y sobre esta materia mencionó:

Al respecto, esta misma Sala de decisión en sentencia del 11 de mayo de 2020, expediente contencioso 250002342000201602800 (012454-2018)¹⁹, consideró:

«[...] Régimen pensional aplicable a los empleados públicos con anterioridad a la Ley 33 de 1985

27. Sea de indicar que antes del 1 de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993 que estableció el Sistema General de Pensiones, las situaciones pensionales de los empleados públicos se gobernaban por la Ley 33 de 1985²⁰ cuya vigencia tuvo inicio el 13 de febrero de 1985²¹.

28. Esta ley en el artículo 1²² dispuso que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que la respectiva caja de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

29. A su vez, en dicho artículo en el inciso 1^o del parágrafo 2^o, se determinó su régimen de transición cuando ordenó que «los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley».

30. Esas disposiciones anteriores, tal como lo consideró esta sección²³, son las contenidas en la Ley 6^a de 1945²⁴, concretamente en el literal b) de su

¹⁹ CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Maryland Carrillo Turriago, C/. Colpensiones.

²⁰ Ley 33 de 29 de enero de 1985 «Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público».

²¹ Ley 33 de 1985. Artículo 25. «Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias». Esta ley «entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del trece (13) de febrero de 1985 porque a partir esa fecha, (sic) satisfecho el requisito de publicidad, sus disposiciones adquirieron carácter vinculante y obligatorio» tal como la Corte Constitucional lo consideró en la sentencia C-932 de 15 de noviembre de 2006 con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

²² Ley 33 de 1985. Artículo 1. «El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».

²³ Sentencia del 16 de diciembre de 2009, exp. 1754-2006, con ponencia de Bertha Lucía Ramírez de Páez. Después, Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencias de 19 de abril de 2007. Radicación: 1114-03 y de 19 de noviembre de 2009. Radicación: 1028-07 al igual que en la sentencia de 16 de diciembre de 2009. Radicación: 1754-06.

²⁴ Ley 6 de 1945. «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo». Artículo 3. «La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio».

artículo 17²⁵, según el cual el derecho a la pensión de jubilación se adquiere con la edad de 50 años y el tiempo de servicio de 20 años continuo o discontinuo. Tal precepto posteriormente fue modificado por el artículo 3^o de la Ley 65 de 1946²⁶ que entró a regir el 19 de diciembre de 1946, solo en el sentido de que dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

31. Luego, la Ley 4^a de 1966²⁷ en su artículo 4^o²⁸ modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6^a de 1945, en el sentido de que las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

32. Por su parte el Decreto 3135 de 1968²⁹ en el artículo 27³⁰ ordenó que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Y en igual sentido, el Decreto 1848 de 1969³¹ en su artículo 73³² reiteró la cuantía en mención.

33. Ahora bien, el Decreto 1045 de 1978³³, cuya vigencia tuvo inicio a partir del 20 de abril de 1978³⁴, determinó en el artículo 45³⁵ que, para

²⁵ Ley 6 de 1945. Artículo 17. «Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: [...] b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes. [...]».

²⁶ Ley 65 de 1946 «Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras». Artículo 3. «La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio». De conformidad con su artículo 10: «Esta Ley regirá desde su sanción», que lo fue el 19 de diciembre de 1946.

²⁷ Ley 4 de 1966. «Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones». En su artículo 14 señala que: «[...] rige desde su sanción» y fue «Dada en Bogotá, D.E., a 23 de abril de 1966».

²⁸ Ley 4 de 1966. Artículo 4. «A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios».

²⁹ Decreto 3135 de 1968. «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales».

³⁰ Decreto 3135 de 1968. Artículo 27. «PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. [...]». Esta norma fue derogada por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985.

³¹ Decreto 1848 de 1969. «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968».

³² Decreto 1848 de 1969. Artículo 73. «ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin».

³³ Decreto 1045 de 1978. «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional». Este decreto fue expedido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 5 de 1978.

³⁴ Decreto 1045 de 1978. Artículo 57. «DE LA VIGENCIA. Las reglas del presente decreto se aplicarán al reconocimiento y pago de las prestaciones desde el 20 de abril de 1978, cualquiera sea la fecha en que se

efecto del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en el acto de liquidación se tendrán en cuenta como factores de salario los siguientes:

34. La asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte; la prima de navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio; los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

35. En conclusión, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del párrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial ha reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, es decir con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

De acuerdo con lo anterior, si al 13 de febrero de 1985, el empleado público había cumplido 15 años continuos o discontinuos es destinatario de la pensión en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios

hayan causado. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición, surte efectos fiscales desde el 20 de abril del presente año y subroga en su totalidad el decreto-ley 777 de 1978».

³⁵ Decreto 1045 de 1978. Artículo 45. «DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario: a. La asignación básica mensual; b. Los gastos de representación y la prima técnica; c. Los dominicales y feriados; d. Las horas extras; e. Los auxilios de alimentación y transporte; f. La prima de Navidad; g. La bonificación por servicios prestados; h. La prima de servicios; i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; k. La prima de vacaciones; l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; m. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968».

devengados en el último año de servicio, y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

5.- Caso concreto

En el presente asunto, la parte actora en calidad de beneficiaria de la sustitución de la pensión reconocida por Cajanal hoy UGPP a su cónyuge en la Resolución n°11493 de 61° de septiembre de 1987, pretende la reliquidación de la prestación *“con los beneficios del régimen de transición de la ley 33 de 1985, con una tasa de reemplazo del 75% del IBL resultante del IBC del último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales por los cuales SUPERNOTARIADO realizó aporte a pensión: Asignación básica mensual, Bonificación por SS Prestados, gastos de representación, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, y vacaciones”*.

La parte actora en el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia expresó que la Juez *a quo* niega las pretensiones de la demanda con el argumento según el cual a pesar que existe dentro del expediente certificación electrónica expedida por el Ministerio del Trabajo de 3 de febrero de 2021, donde se consigna que se le cancelaron los siguientes factores salariales al señor Luis Evelio Álvarez Henker: *asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones*; no se advierte ninguna prueba en el expediente que dé cuenta que se cancelaron descuentos sobre los factores distintos a los contemplados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que subrogó el artículo 6 del decreto 691 de 1994.

Explicó que en su criterio la oficina de talento Humano de Supernotariado ha sido contundente en consignar en el certificado Cetil que el causante de la prestación realizó aportes a pensión sobre los factores certificados pues en la casilla *“APORTE A PENSION”* indica: *“SI”*.

El artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 1º. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios*

prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, aplicable al caso del demandante por haber cumplido el señor Luis Evelio Álvarez Henker más de 15 años de servicios al 13 de febrero de 1985 (archivo 02, C.1) expresa lo siguiente:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*

II) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

En Resolución n°007672 del 7 de mayo de 1997, Canajal reliquidó la pensión de jubilación del causante a partir del 7 de octubre de 1995, día posterior a su retiro definitivo como servidor público. Esta prestación fue reconocida con fundamento en las leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, tomando como base el 75% de lo percibido en el último año de servicios incluyendo los factores salariales: Asignación Básica, Bonificación de servicios prestados y Prima de antigüedad (página 57, archivo 02).

De acuerdo con la certificación electrónica de tiempos laborados Cetil del Ministerio de Trabajo n°202102890801052000570005 del 3 de febrero de 2021, durante el año de servicios previo al retiro definitivo, comprendido entre el 7 de octubre de 1994 y el 6 de octubre de 1995, al señor Luis Evelio Álvarez Henker se le cancelaron los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y vacaciones (Página 42, archivo 02).

Ahora, al aplicar en este asunto la normativa y jurisprudencia citada anteriormente, la Sala de decisión considera que los factores antes mencionados (prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad) no se encuentran incluidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, pero si en el artículo 45 del Decreto Decreto 1045 de 1978, norma de la cual es destinatario el causante de la prestación por haber cumplido más de 15 años de servicios al 13 de febrero de 1985, fecha en la que entró en vigencia la ley 33 de 1985.

Sin embargo, la Sala advierte que sobre los factores mencionados no se realizaron aportes a Cajanal, situación que se evidencia en el mencionado certificado que obra en las páginas 42 y 43 del archivo 02 del expediente.

La circunstancia descrita permite inferir que en relación con las pretensiones de la demanda, en el presente asunto no se da el cumplimiento de la exigencia legal consistente en que las pensiones de los empleados públicos de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Situación diferente se presenta cuando una pensión causada en vigencia de la Ley 33 de 1985 es liquidada sin tener en cuenta factores no enlistados en la Ley 62 del mismo año que modificó la anterior disposición y sobre los cuales

se realizaron aportes para pensión a la respectiva caja de previsión, toda vez que en estos casos si resultaría procedente la reliquidación pensional en tanto la ley y la jurisprudencia, siempre dejaron a salvo la siguiente expresión "o sobre los factores que realmente se haya efectuado aportes al sistema".

Como en este asunto no se acreditó que se hayan efectuado aportes sobre la **prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad**, lo correspondiente era negar las pretensiones de la demanda como en efecto ocurrió, en tal sentido la sentencia apelada debe ser confirmada al constatar la Sala que no acreditó la realización de aportes sobre los factores reclamados.

De acuerdo con lo analizado hasta este punto, este Tribunal concluye que en relación con la solicitud de reliquidación pensional, la sentencia debe ser confirmada.

Finalmente, en relación con el argumento contenido en el escrito de apelación según el cual en virtud de lo dispuesto en la ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, al accionante se le debe aplicar una tasa máxima de reemplazo del 85% del IBL en su prestación, la Sala considera que dicho asunto no fue incluido en las pretensiones de la demanda y tampoco estuvo enlistado en el objeto de debate ante el Juez de primera instancia, motivo por el cual el Tribunal en sede de apelación no analizará nuevos razonamientos propuestos después del fallo emitido por el juez administrativo.

6.- Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama, en tanto para la liquidación de su pensión de jubilación podían tenerse en cuenta los factores contemplados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y en el artículo 45 del Decreto Decreto 1045 de 1978, norma de la cual es destinatario el causante de la prestación por haber cumplido más de 15 años de servicios al 13 de febrero de 1985, fecha en la que entró en vigencia la ley 33 de 1985; sobre los cuales se hubiere cotizado.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Por cumplir los requisitos de ley y de acuerdo con los archivos 04 y 05 del cuaderno dos del expediente digital, se aceptará la renuncia como

apoderada de la parte demandante a la doctora Mariana Botero García. Así mismo, se reconocerá personería jurídica para actuar como apoderado de la señora Helia Chica de Álvarez al abogado Juan Guillermo Giraldo García, identificado con cedula de ciudadanía n°1.053.782.772 de Manizales y Tarjeta Profesional n°251.395 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los fines de poder que obra en el archivo 06 del cuaderno dos.

7.- 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 Estado³⁶, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Helia Chica de Álvarez contra la UGPP.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Tercero. ACÉPTASE la renuncia como apoderada de la parte demandante a la doctora Mariana Botero García, identificada con cédula de ciudadanía n°24.331.366 y Tarjeta Profesional n°295.336 del Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto. RECONÓCESE personería jurídica para actuar como apoderado de la señora Helia Chica de Álvarez al abogado Juan Guillermo Giraldo García, identificado con cedula de ciudadanía n°1.053.782.772 de Manizales y Tarjeta Profesional n°251.395 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los fines de poder que obra en el archivo 06 del cuaderno dos.

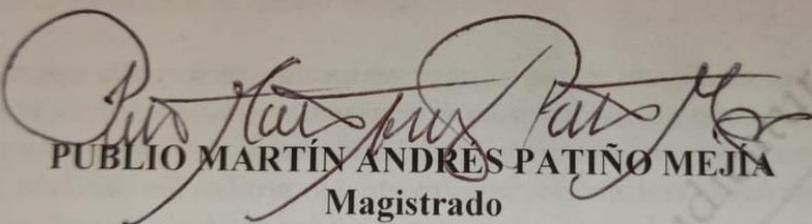
Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Sexto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

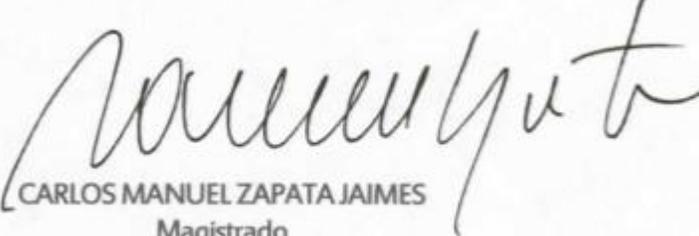
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 178

FECHA: 09/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

17001-23-33-000-2023-00122-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, seis (06) de OCTUBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 443

De conformidad con los artículos 18 y 20 de la Ley 472 de 1998, se **CONCEDE** a la parte actora un término de **TRES (3)** días para **CORREGIR** la demanda que en ejercicio del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** instauró la señora **MARTHA CECILIA MENJURA**, contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES - SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS**, y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS** y **AGUAS DE MANIZALES**, en los siguientes aspectos:

1. Deberá explicar concretamente las razones por las cuales demanda a la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS**, e indicar de manera clara y precisa la situación específica de la presunta vulneración o amenaza de los derechos colectivos por parte de ella, especialmente frente a lo que pretende de la entidad (art. 18 literales b), c) y d) Ley 472/98); lo anterior, dado que de los hechos y pretensiones no se evidencia.
2. Allegar prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad frente a **CORPOCALDAS** y **AGUAS DE MANIZALES** de conformidad con lo establecido en los artículos 144 y 161 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011.
3. Con atención a lo previsto en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el canon 35 de la Ley 2080 de 2021, y en el artículo 6° de la Ley 2213 de 2022, deberá remitir copia de la demanda y de sus anexos, a través de mensaje de datos, a las entidades demandadas, y acreditar dicho envío ante este Tribunal.

Se advierte que cualquier documento o memorial debe ser enviado únicamente al correo: “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co”. Todo documento enviado a otra dirección de correo se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control Ejecutivo fue devuelto del H. Consejo de Estado, sin emitir pronunciamiento de fondo frente el recurso de apelación propuesto por la parte ejecutante contra el auto del 29 de septiembre de 2021.

Consta de dos (02) cuadernos electrónicos.

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00729-00
Medio de Control: Ejecutivo
Demandante: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Demandado: Miladis Rincón
Vinculado: Municipio de Manizales.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 069

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado no emitió pronunciamiento de fondo frente el recurso de apelación propuesto por la parte ejecutante contra el auto del 29 de septiembre de 2021 y resolvió devolver el expediente electrónico al tribunal de origen para declarar la falta de jurisdicción y remitir la demanda a quien considera es el competente, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 178

FECHA: 09/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **e7d6650d8bf1f35e1d2827e91805d6beb789c7591b7a1b70ffb0c2f1d68a2407**

Documento generado en 06/10/2023 03:25:52 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de dos (02) cuadernos electrónicos

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veinte tres (2023)



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-33-000-2018-00432-00
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: María Elsa Cortés Osorio
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 068

Manizales, seis (06) de octubre de dos mil veinte tres (2023)

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por este Tribunal el día 12 de febrero de 2021, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense las costas y los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 178

FECHA: 09/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: 254e311fa774655f8041dca7ad3fdc08c4881dbeafa20ab8ab85e989696105ad

Documento generado en 06/10/2023 03:24:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 258

Radicación:	17 001 23 33 000 2021 00007 00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	David Herrera Trejos
Demandado:	Departamento de Caldas
Llamadas en garantía:	Allianz, Axa Colpatría, La Previsora, Liberty de Seguros, Seguros del Estado

Procede el Despacho a fijar fecha para audiencia inicial, previas las siguientes consideraciones:

La llamada en garantía Seguros del Estado S.A. propuso como excepción previa la que denominó *“INEPTA DEMANDA POR NO AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – NO INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS DE VÍA GUBERNATIVA”*.

Como soporte de lo anterior, señala que de conformidad con el artículo 161 numeral 2 del CPACA *“era obligatorio, si la parte quería interponer demanda de nulidad contra ese acto administrativo, el agotamiento de los recursos de vía gubernativa, esto es, al menos el de reposición; para cuya interposición la parte interesada contaba con el término de diez días, a voces del artículo tercero de la Resolución 4974-6, y que no fue impetrado; de lo que se sigue que fue la parte peticionaria, hoy demandante, quien de manera voluntaria omitió, previo al control judicial, permitir que la administración revisara nuevamente su requerimiento como lo indica el 161 del CPACA.”*

- Por su lado, Liberty Seguros S.A. propuso la excepción que denominó *“LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA SUPERAN CON CRECES LAS PETICIONES DE LA SOLICITUD Y TRÁMITE DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD”*

Como fundamento de lo anterior indica que *“Ha sido sorprendida la parte demandada DEPARTAMENTO DE CALDAS con unas pretensiones formuladas con la demanda instaurada que son de por lo menos \$81.000.000, cuando en el trámite del requisito de procedibilidad previo a instaurar la demanda solamente solicitó la suma de aproximadamente \$36.000.000.”*

Al respecto conviene señalar que, la falta o indebido agotamiento de los requisitos de procedibilidad, bien sea porque no se sometieron a conciliación extrajudicial todas o parte de las pretensiones de la demanda – cuando dicho requisito es exigible – o porque no se ejercieron los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios (Artículo 161 del CPACA) no constituye una excepción genuinamente previa al tenor de lo dispuesto en el artículo 100 del Código General del Proceso.

Al respecto, el Consejo de Estado¹ ha precisado:

En efecto, el parágrafo 2.º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Magistrado Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil veintidós (2022).

38 de la Ley 2080 de 2021 realizó una remisión clara al Código General del Proceso en lo que se refiere a que las **excepciones previas** se formularán y decidirán según lo regulado en la triada de los artículos 100, 101 y 102 del mencionado estatuto procesal. El artículo 100 enlista las excepciones previas, el 101 su oportunidad y trámite y el 102 la inoponibilidad posterior de alegar por los mismos hechos causales de nulidad.

[...]

En resumen, los únicos eventos en los que se configura la excepción previa de ineptitud de la demanda se presentan ante la falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

[...] una vez estudiados los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA se advierte que entre los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda no se encuentra enlistada la atinente al presupuesto del medio alternativo de solución de conflictos, dado que el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial está consagrado en una disposición especial, esto es, el artículo 161 de la Ley 1437.

24. Bajo este contexto, se tiene que el mencionado presupuesto puede ser alegado de manera autónoma, esto es, no se trata propiamente de una situación procesal que deba ser discutida como excepción previa⁴, comoquiera que se trata de dos figuras diferentes, mientras que en las excepciones previas prima el principio de preclusión y convalidación, en los elementos previos para demandar se carece de esta última característica, son oponibles y su falta, en todos los casos, dará lugar a la terminación del proceso⁵. [...]"

La Alta Corporación² también ha señalado lo siguiente:

“Antes de abordar el estudio del problema jurídico propuesto, deben realizarse algunas precisiones preliminares respecto a la denominada «ineptitud sustantiva de la demanda». Al respecto, esta subsección ha señalado que con anterioridad se ha hecho alusión a esta figura como si se tratara de una excepción previa o causal de rechazo de la demanda y en últimas, como sustento de decisiones inhibitorias, lo cual constituye una imprecisión³.

Ello, toda vez que sólo es viable proponer y declarar próspera la excepción previa de «ineptitud de la demanda por la falta de cualquiera de los requisitos formales» o «por la indebida acumulación de pretensiones» y en relación con otras situaciones debe acudir a las demás excepciones previas previstas en el artículo 100 del Código General del Proceso, sin que haya vocación para realizar una denominación en términos diferentes a los señalados por la ley.

Así mismo, se recalcó que al encontrarse otras falencias que otrora han servido como sustento para la declaratoria de una «ineptitud sustantiva de la demanda», en lugar de acudir a esa denominación, deben utilizarse las herramientas que los estatutos procesales prevén al respecto, tal como se analizó extensamente en el auto en cita, esto es, aquellos mecanismos de saneamiento, como por ejemplo, ordenar corregir la demanda o dejar sin efecto el auto admisorio para proceder al rechazo de la misma, en atención a la causal legalmente prescrita para el efecto.”

Así las cosas, comoquiera que no existen excepciones previas por resolver, se procederá a fijar fecha para la audiencia inicial, no sin antes advertir que, las excepciones de mérito y demás argumentos de defensa planteados por la demandada serán resueltos al momento de proferir sentencia.

Se procede entonces a fijar fecha para la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011¹; en consecuencia, se convoca a la referida diligencia el día **MARTES**

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A. Magistrado Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020).

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2.023) A LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 a.m.), dentro del proceso de la referencia.

Advierte este Despacho que dicha audiencia se realizará mediante la plataforma LifeSize, y que, en caso que requieran allegar algún memorial como sustituciones, renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos previamente **a más tardar el día anterior a la celebración de la misma, únicamente al correo tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, y se deja presente que cualquier documento enviado a una dirección diferente a la mencionada, se entenderá por no presentado.**

De igual manera, se allega en esta providencia el enlace para el ingreso a la audiencia inicial que se convoca, el cual corresponde a la conexión mediante plataforma Lifesize:

<https://call.lifesizecloud.com/19513448>

Se recomienda a las partes, e intervinientes que antes de ingresar a la plataforma de Lifesize verifiquen su conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia virtual convocada.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **63eae808e4ea0c9ff14f40746ed52a5fb7651a12b429d15ac811c4c72d25a236**

Documento generado en 06/10/2023 04:25:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>