

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 230

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00141-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Olga Cecilia Giraldo Vásquez
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. 455 del 22 de septiembre de 2021, expedido por la profesional universitario nómina de la Secretaria de Educación territorial, 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 de: *“Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales”*; *“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”*; *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no 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 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

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

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

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

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

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

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

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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. (...)”.

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 Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

...

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

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

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero

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

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

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

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, 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 (...).”

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

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”.

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”.

día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”* lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío 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

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.

interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

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

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:

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)

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

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

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

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

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

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.

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

Así 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 10 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante oficio NOM.-455 del 22 de septiembre de 2021 suscrito por la Profesional Universitario de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas se niega lo solicitado.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

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

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

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

¹⁵ F. 22-24 Archivo digital: 05

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 05

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 05

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente

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.

¹⁹ 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:

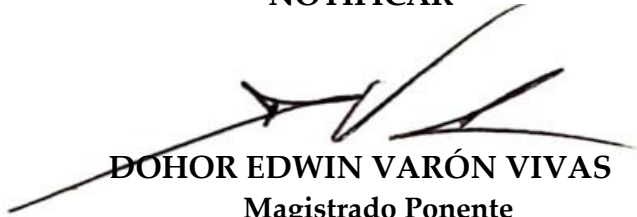
PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 28 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Olga Cecilia Giraldo Vásquez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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. 61 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 TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 233

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-005-2016-00402-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: María Vitalia Parra López y otros
Demandado: ESE Hospital San Félix de la Dorada y otra

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, declarar responsable a las demandadas por los perjuicios causados con ocasión a fallecimiento del señor Alexander Giraldo Parra -en adelante AGP-, producto de la falla en el servicio médico; en consecuencia, condenarlas al pago de los siguiente rubros:

- *Perjuicios morales:* i) 100 SMMLV para María Vitalia Parra López (madre) y Mónica Johanna Gómez Uribe (compañera permanente); ii) 50 smmlv para Carlos Alberto, José Herlid, consuelo, Paula Andrea Luz María y Andrés Felipe Parra Giraldo (hermanos), Juan Pablo Giraldo Parra, Albeiro Giraldo Parra (sobrinos).
- *“Daños a la sucesión por perjuicios morales”*, estimados en 100 smmlv cuyo titular fuera AGP y a favor de la heredera María Vitalia Parra López (madre);
- *“Daños a la sucesión, derivados de los daños a la salud”*, estimados en 200 smmlv cuyo titular fuera AGP y a favor de la heredera María Vitalia Parra López (madre);
- *“Por la deficiente o nula prestación del servicio de salud”*, cuyo titular fuera AGP y a favor de María Vitalia Parra López (madre) y Mónica Johanna Gómez Uribe, estimados en 100 smmlv para cada una.
- *“Pérdida de la chance u oportunidad”*, a favor de María Vitalia Parra López (madre) y Mónica Johanna Gómez Uribe, estimados en 100 smmlv para cada una.

1.2. Fundamento Fático

Se señaló que, el señor AGP se encontraba privado de su libertad en la cárcel “Doña Juana” de La Dorada (Caldas); que el 24 de junio de 2014, fue trasladado a la ESE Hospital San Félix de La Dorada, por presentar dolor abdominal en fosa iliaca derecha; que siendo las

8:00 pm, el médico cirujano Santander Antonio Suárez Correa, diagnosticó al paciente con *apendicitis aguda*.

Que el 25 de junio de 2014, le fue realizada la *apendicectomía*, registrándose en la historia clínica con evolución satisfactoria, sin signos de irritación peritoneal, razón por la cual ordenaron el egreso hospitalario.

Que el 17 de septiembre de 2014, ingresó nuevamente al Hospital San Félix, por presentar dolor abdominal y sepsis de probable origen abdominal. El 22 de septiembre de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, tuteló los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida del señor AGP, los cuales encontró vulnerados por la EPS Caprecom y el Inpec, por cuánto se habían negado a atender de manera integral las afecciones de salud.

El 15 de octubre de 2014 el señor AGP fue trasladado a la UCI del Hospital San Félix, el 22 de octubre ingresó a la Clínica Minerva de Ibagué, con diagnóstico de sepsis de origen abdominal, registrándose el fallecimiento a las 18:10 horas.

2. Contestación de la demanda

2.1. Instituto Penitenciario y Carcelario - Inpec¹

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que, no se encuentran estructurados los elementos para declarar una responsabilidad administrativa en su contra, por cuanto la prestación del servicio de salud a la población privada de la libertad no le competía al Inpec sino a Caprecom. Propuso las excepciones:

-. "*Existencia de una causa extraña*", en atención a que un análisis de las pruebas permite afirmar que surge a la luz esta eximente de responsabilidad, pues indudablemente configura una fuerza mayor el "*shock cardiogénico séptico debido a endocarditis infecciosa*".

-. "*Falta de legitimación material en la causa por pasiva*", para el efecto, procedió a relacionar la normatividad que regula la prestación del servicio de salud a la población carcelaria, como lo es la Ley 65 de 1993, el Decreto 1141 de 2009, el cual dispuso la afiliación al sistema de salud para los internos que se encontraran en establecimientos de reclusión a cargo del Inpec y que esto se haría a través del régimen subsidiado y con una Entidad Promotora de Salud de naturaleza pública y del orden nacional, como lo fue Caprecom EPS.

-. "*Inexistencia de responsabilidad del Inpec con relación al daño antijurídico, inexistencia de omisión por parte del Inpec*": resalta que la omisión relacionada con la prestación debida del servicio de salud al señor AGP, no podrá ser pretendida o demostrada en su contra, ya que la actividades relacionadas con el control médico del antes mencionado, estaba en cabeza de otras entidades como las demandadas Hospital San Félix y la EPS Caprecom.

-. "*Inexistencia del nexo de causalidad entre el daño antijurídico fallecimiento del señor Alexander Giraldo Parra y la presunta falla del servicio de los funcionarios pertenecientes al instituto nacional penitenciario y carcelario Inpec*"; al considerar que la causa de la muerte en el mencionado interno, no permite endilgar responsabilidad a las autoridades penitenciarias, pues se debe

¹ AD "CUADERNO1A" – "01"

tener en cuenta que dentro de los factores de riesgo para la presencia de patologías coronarias, se encuentra precisamente los que han sido denominados en el campo de la salud como factores no modificables, entre ellos: edad, sexo, antecedentes familiares, consumo de tabaco, dietas no saludables, sedentarismo, hipertensión arterial, diabetes, sobrepeso, obesidad, consumo de drogas. Factores frente a los cuales no se puede señalar como responsable al Inpec.

- *"Falta de determinación del origen del valor de la indemnización de perjuicios morales, daño a la sucesión derivados del daño a la salud, por la deficiente prestación del servicio de salud, indemnización por pérdida de oportunidad, indemnización por perjuicio a la sucesión de daños morales"*; expuso entre otras cosas que, no se encuentra debidamente acreditada o comprobada la calidad de compañeros permanente entre la señora Mónica Johana Gómez Uribe y Alexander Giraldo Parra, y menos aún como por estos mismos hechos existe otra actuación contenciosa administrativa ante el Juzgado 4° Administrativo de Manizales, radicado 17001-33-33-004-2016-00417-00², en la que una señora Lina Marcela Bermúdez Valencia de igual forma afirma ser la compañera permanente del antes mencionado.

El Inpec llamó en garantía al Patrimonio Autónomo de Remanentes - PAR Caprecom - Liquidado.

2.2. PAR Caprecom - Liquidado³ (llamada en garantía por Inpec):

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que, siempre actuó de manera prudente, diligente y cuidadosa, por lo que el presunto daño antijurídico que se pretende endilgar, no le es imputable ni fáctica ni jurídicamente. Propuso las excepciones:

- *"Prestación eficiente, oportuna, diligente, idónea y perita del servicio de salud por parte de Caprecom EPS-S"*, en tanto que la Entidad prestó de manera oportuna, diligente e idónea el servicio de salud al señor AGP; utilizó todas las ayudas diagnósticas requeridas por el mismo; le realizó todos los exámenes y procedimiento que se estimaron necesarios para restablecer su salud, en todo momento le propició el manejo que según el protocolo y la ciencia médica para la época estaban disponibles y adecuados para tratar su patología. Así también dispuso un grupo de especialistas y un equipo médico que siempre le brindaron atención sumamente calificada y oportuna.

- *"Ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada"*. Sostiene que en el tratamiento brindado al paciente no se observa ninguna falla imputable a dicha entidad. Sin embargo, solicita tener presente que los actos médicos se rigen por el principio de las obligaciones de medio y no de resultado, por lo que a las Instituciones Prestadoras de Salud y a los profesionales de la medicina, se les exige actuar con diligencia y cuidado, brindando al paciente todo su leal saber y entender y poniendo a su disposición todos los medios diagnósticos que posean o deban poseer de acuerdo al nivel de complejidad de la Unidad hospitalaria donde se encuentren.

- *"Inexistencia de la obligación"*, considera que no existe obligación indemnizatoria por el presunto daño sufrido por el señor AGP, toda vez que el mismo no se produjo como consecuencia ni de una acción ni de una omisión proveniente o imputable a la entidad, a la

² Se encuentra a despacho para sentencia de primera instancia.

³ AD "CUADERNO1A" – "14"

cual tampoco puede exigírsele la asunción de una conducta diferente, pues cumplió a cabalidad con el protocolo de atención que la ciencia médica establece para estos casos.

-. *“Cumplimiento de las obligaciones legales por parte de Caprecom para con sus afiliados”*, señaló que Caprecom EPS contaba con una red debidamente habilitada para la atención en salud que requirió el paciente, como afiliado a la Institución, y dicha atención estaba garantizada pues se contaba con contratos vigentes con diferentes IPS, donde acudió a que le prestaran los servicios de salud, los que se brindaron sin ninguna barrera de tipo administrativo que pueda ser imputable a la Entidad, con lo cual se observa estricta sujeción a las obligaciones contenidas en el Decreto 1011 de 2006.

2.3. ESE Hospital San Félix de la Dorada⁴

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que, hizo todo lo que estaba a su alcance para brindar la mejor atención en salud al paciente, colocando la capacidad instalada a su disposición, sin incurrir en ninguna falla en la prestación de los servicios médicos asistenciales y ajustado a los criterios de calidad que rigen la Institución esto es, accesibilidad, oportunidad, seguridad y pertinencia. Propuso las excepciones:

-. *“Improcedencia del daño a la salud”*, por cuanto en virtud de la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, estableció de forma precisa y concreta que la reparación del daño a la salud era exclusivamente para la víctima que sufriera la lesión.

-. *“Inexistencia de la prueba de relación afectiva”*: Estima que en el presente caso la madre, hermanos sobrinos y amigos cercanos entre otros solicitan el resarcimiento del daño moral acusado por el fallecimiento del señor AGP, por considerar que existió un dolor, angustia, aflicción y menoscabo de la esfera sentimental de los mismo, sin embargo de acuerdo a esa Alta Corporación, en sentencia del 28 de agosto de 2014, señala quienes conforman cada uno de los niveles y la forma cómo se debía probar dicha cercanía para efectos del reconocimiento.

-. *“Ausencia en la falla del servicio”*: Sostiene que actuó en debida forma frente a las circunstancias que presentaba el paciente y durante el desarrollo de su tratamiento se cumplió con los estándares y garantías requeridas para el efecto.

-. *“Falta de legitimación en la causa por activa”*: Dado que al existir personas que tienen prueba sobre la relación afectiva que tenía con el señor AGP, así como la posibilidad de accionar por la vía de reparación directa, no se le puede dar continuidad frente a demandantes que no tiene la vocación de reclamación por la existencia de un presunto daño que habrá que demostrarse y resolverse de fondo en el desarrollo del procedimiento judicial.

-. *“Hecho de un tercero”*. Argumenta que, siempre contó con las garantías necesarias para la prestación del servicio de forma adecuada y eficiente. Por lo que en el evento en que esta situación sea desvirtuada, se mantendrá incólume la actuación del Hospital y se evidenciará que la responsabilidad no ha de endilgársele.

⁴ AD “CUADERNO1A” – “04”

- *“Inexistencia de nexo causal”*: pues es claro que la muerte pudo ser causada por una sepsis pulmonar, circunstancia que no es clara, dado que el demandante se contradice en el sustento fáctico cuando refiere que la necropsia establece: *“shock cardiogénico-séptico debido a endocarditis infecciosa. Probable manera de muerte: Natural”*; y después manifiesta sepsis de origen abdominal.

- *“Ausencia de claridad frente al daño y el título de imputación pretendido”*: Considera que no puede haber pruebas que permita evidenciar la existencia del daño con ocasión a la supuesta pérdida de oportunidad, pues la parte actora no realiza un ejercicio propositivo con el fin de pronosticar o establecer cual, concretamente, fue la situación acaecida, es decir, mezcla la falla en el servicio por una parte y acude a una pérdida de oportunidad en otros segmentos de la demanda, el hecho de que se haya prestado supuestamente en forma indebida el servicio.

- *“Caso fortuito”*. Reitera que ha brindado siempre las garantías en la atención, como se puede evidenciar de las circunstancias presentadas y que serán probadas en el trámite del proceso, por lo que habrá que dilucidarse la existencia de un caso fortuito, imprevisible.

- *“Incompatibilidad del daño a la salud deprecado”*: Considera que se solicita indemnización del supuesto daño a la salud causado, y se soporta el mismo en el sufrimiento, el cual deberá ser debidamente probado con el dictamen correspondiente.

- *“Tasación exagerada del supuesto daño moral”*; Alega la tasación temeraria y exagerada de algunos de los reclamantes por daño moral, sin evidenciar pruebas siquiera de convivencia como de relación afectiva con el señor AGP.

- *“Manejo adecuado de la lex artis”*: Sostiene que esta excepción será probada en el proceso pues se siguieron los procedimientos de rigor y se cumplieron con las exigencias de la calidad en salud, lo cual se prueba con el concepto emitido por el Comité Ad-hoc desarrollado con ocasión de la atención del señor AGP.

La ESE Hospital San Félix llamó en garantía a Liberty Seguros S.A., no obstante, el 8 de noviembre de 2019⁵ el juzgado declaró ineficaz dicho llamamiento, dada la inactividad del interesado en la notificación a la compañía aseguradora.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y llamada en garantía, por lo que las declaró patrimonialmente responsables por los perjuicios generados a los demandantes, y en consecuencia resolvió:

“CUARTO: Acorde con la declaración anterior, se condena a la E.S.E. HOSPITAL SAN FÉLIX de la DORADA CALDAS Y del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-, a reconocer y pagar solidariamente las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

- Para la señora MARÍA VITALIA PARRA LÓPEZ, en su calidad madre de la víctima directa, el equivalente en moneda nacional a CINCUENTA (50) SMLMV.

⁵ AD “CUADERNO1B” – “06”

- Para los señores CARLOS ALBERTO GIRALDO PARRA, JOSÉ HERLID GIRALDO PARRA, CONSUELO GIRALDO PARRA, PAULA ANDREA GIRALDO PARRA, LUZ MARINA GIRALDO PARRA, ANDRÉS FELIPE GIRALDO PARRA, ROSA ELENA GIRALDO PARRA, en su calidad de hermanos de la víctima directa, el equivalente en moneda nacional a veinticinco (25) SMLMV, para cada uno de ellos.
- Para los señores JUAN PABLO GIRALDO PARRA, ALBEIRO GIRALDO PARRA, acreditaron ser sobrinos de la víctima directa, el equivalente en moneda nacional a DIECISIETE PUNTO CINCO (17.5) SMLMV, para cada uno de ellos.
- Para la señora MÓNICA JOHANA GÓMEZ URIBE, en su calidad de compañera permanente, de la víctima directa, el equivalente en moneda nacional a CINCUENTA (50) SMLMV.
- Para la sucesión del causante ALEXANDER GIRALDO PARRA, el equivalente en moneda nacional a CINCUENTA (50) SMLMV.

QUINTO: El llamado en garantía PAR CAPRECOM -LIQUIDADO-, deberá asumir el pago de la condena aquí impuesta al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- en atención al vínculo contractual suscrito con el INPEC para la atención en salud de la población privada de la libertad.”⁶

Para fundamentar la decisión señaló que, el daño a analizar era la pérdida de oportunidad de haber recuperado la salud el señor AGP y no haber recibido tratamiento al proceso de *endocarditis infecciosa*, el cual finalmente condujo a la muerte del paciente.

Seguidamente señaló que, el daño era imputable a título de falla en el servicio a la ESE Hospital San Félix de la Dorada, por cuanto: “...es evidente que a través de sus agentes incurrió en falta de atención a la patología que presentaba el interno ALEXANDER GIRALDO PARRA, pues con la historia clínica aportada, se demuestra las varias desatenciones en que incurrieron, dando la impresión que los profesionales de la medicina no hacían más que dar “palos de ciego” frente a la *sinomatología* que presentaba el mencionado paciente.”⁷ (sic)

Sostuvo que, era inconcebible el tiempo transcurrido entre la primera consulta posterior a la apendicectomía, la cual se llevó a cabo el 25 de junio de 2014 y la última ocurrida el 15 de octubre de 2014, espacio temporal en el que los médicos “no pudieron ni siquiera sospechar de una *endocarditis infecciosa*, pues, de haberla detectado a tiempo seguramente el manejo concentrado en esa patología, hubiera evitado el fatal desenlace”⁸; concretando que: “...el servicio a cargo del hospital demandado no se prestó en la forma que debía, expresado en la omisión de ordenar la práctica de los exámenes médicos que, de haberse hecho a tiempo hubiera permitido detectar el foco infeccioso que se desarrollaba en el cuerpo del paciente y poder adoptar medidas idóneas como remitir al paciente a un centro de mayor nivel de atención donde posiblemente hubiera recibido una atención acorde a su patología”.

También imputó el daño al Inpec, asegurando que existe una precaria atención en salud a los internos que se encuentran bajo su custodia, ello fundamentado en la declaración rendida por el señor Rubén Darío Iregui González (ex director de la cárcel “Doña Juana”); además le atribuyó la responsabilidad, argumentando que: “...dicha Institución se quedó corta en la atención al recluso (...), hasta el punto que de sus propios compañeros de reclusión demandaron

⁶ Pág. 65-66 AD “73”

⁷ Pág. 51 ibidem

⁸ ibidem

abiertamente una mejor atención mediante mecanismos de presión social como la huelga de hambre, recolección de firmas ante la Fiscalía, información a los medios de comunicación y quejas ante la Defensoría Pública que, a la postre, tuvo que interponer una acción de tutela que fue fallada en favor del interno Giraldo Parra...”.⁹

Finalmente, en cuanto a Caprecom EPS Liquidada, señaló que: “... es evidente que ese vínculo contractual (Contrato de prestación de servicios de salud intramural 092 de 2011 y sus prórrogas) entre el INPEC y CAPRECOM EPS-S (Hoy PAR CAPRECOM - LIQUIDADO), legitima al primer para reclamar del segundo, el reembolso de lo que le corresponda pagar en virtud de lo ordenado en esta sentencia”.¹⁰

4. Recurso de apelación

4.1. Parte demandante

Solicitó modificar el fallo y en su lugar reconocer la indemnización plena por no tratarse de una pérdida de oportunidad sino de una clara falla en el servicio, pues el deterioro de salud del interno luego del acto quirúrgico, fue progresivo, egresando y reingresando al centro penitenciario, sin recibir solución al gravísimo estado de salud.

Que de haber prestado un servicio médico oportuno, integral, ordenando las pruebas de oro -ecocardiograma y hemocultivo-, indudablemente la patología no habría cobrado la vida del paciente. Que esa omisión en cabeza del Hospital San Félix, comprometió su responsabilidad de manera grave, por cuanto al no tener la posibilidad de suministrar ese servicio, debió remitirlo de inmediato al centro de mayor complejidad.

Adujo que, el paciente jamás fue diagnosticado, se equivocaron los galenos, circunscribiéndose a otras patologías, cuando en realidad, todo se habría solucionado con la práctica del ecocardiograma y del hemocultivo, que habrían permitido determinar la presencia de la *endocarditis*, evitando que continuara causando daño multisistémico.

4.2. ESE Hospital San Félix de La Dorada

Solicitó revocar el fallo, para lo cual indicó que, no era cierto que el paciente llevaba tres meses de evolución, ello por cuanto, lo consignado en la historia clínica corresponde al relato obtenido de la indagación realizada al paciente al momento del ingreso en el servicio de urgencia, sin que sea posible aseverar que cursaba *endocarditis* desde hacía tres meses.

Señaló que no es posible dar por acreditada la oportunidad perdida con base en especulaciones; que de acuerdo con el testimonio del médico Santander Antonio Suárez, la atención fue brindada con diligencia, pericia y adherida a los protocolos de manejo, se utilizaron las ayudas diagnósticas necesarias y con oportunidad.

Afirmó que el fallo realizó una inadecuada valoración probatoria, aunado al hecho, de que presumió procedimientos realizados al paciente, los cuales brillan por su ausencia en la historia clínica, construyendo una responsabilidad con ausencia total de los elementos estructurales de la responsabilidad civil.

⁹ Pág. 53 AD “73”

¹⁰ Pág. 63 ibidem.

Finalmente, señaló que no existe prueba que acredite a la señora Johana Gómez Uribe, como compañera permanente de la víctima.

4.3. Inpec

Solicitó revocar el fallo por considerar que, el *a quo* no realizó una adecuada valoración de las pruebas. Además indicó que, el Inpec demostró que para 2014 no tenía dentro de sus competencia funcionales, la prestación del servicio de salud a la personas privadas de la libertad. Señaló que la presunta mala prestación del servicio de atención médica y el error en el diagnóstico médico, no fueron acciones u omisiones, comprobadas contra la entidad.

Adujo que el fallo es incongruente, por cuanto por un lado en la sentencia (folio 40) se indica que el daño a estudiar es la pérdida de oportunidad, consistente en la disminución de probabilidades de sanar, de haber recuperado su salud y, por otro (folio 56) que la pérdida de oportunidad se centra en el error de diagnóstico por parte de los médicos del Hospital San Félix. Sostuvo que lo anterior, no es concordante, que además en la sentencia no se hace alusión a soporte probatorio alguno frente a dichas afirmaciones, no obstante ello, se declara la responsabilidad y se condena patrimonialmente.

Por otro lado señaló que, no existe ninguna prueba respecto de la afirmación hecha en el fallo acerca de que las autoridades carcelaria no le destinaron un pabellón especial y que fue trasladado directamente al patio de los demás reclusos una vez fue dado de alta del procedimiento quirúrgico de la apendicectomía. Frente a la condena solidaria, señaló que no se cuenta con soporte probatorio que la fundamente.

4.4. PAR Caprecom Liquidado

Solicitó revocar el fallo, para ello indicó que, no es dable afirmar la responsabilidad sobre la entidad, en tanto la misma no fue la encargada de realizar el procedimiento hospitalario-quirúrgico; que el fallecimiento del paciente, no obedeció a la negligencia de la entidad, sino a unas situaciones acaecidas al interior de la intervención quirúrgica y los cuidados posquirúrgicos.

Señaló de otra parte que, se demostró que los procedimientos que solicitó el señor AGP fueron ordenados y autorizados, los cuales tenían como fin garantizarle su recuperación.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿El daño consistente en el fallecimiento de AGP o por la pérdida de oportunidad, es imputable a las entidades demandadas?*

En caso positivo, *¿Los perjuicios fueron debidamente acreditados y estimados en el fallo?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

El daño no es imputable al Inpec, por cuanto se acreditó que prestó los servicios de salud de forma oportuna, de calidad y de acuerdo con el nivel primario de atención, de manera que no puede predicarse que la entidad omitió sus deberes de garantizar la oportuna atención y tratamiento médico al interno.

Tampoco se puede atribuir responsabilidad a la ESE Hospital San Félix de La Dorada, por cuanto la conducta asumida por el personal médico, se demostró justificada y ajustada a las prácticas médicas, teniendo en cuenta los síntomas que en su momento presentó el paciente.

Para soportar lo anterior, se hará referencia: i) al fundamento jurídico sobre la imputación; ii) los hechos acreditados y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - La imputación

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 CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, 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.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*", que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales¹¹.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de

¹¹ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.¹²

2.3. Hechos acreditados

- La historia clínica y notas de enfermería del Área de Sanidad Unión Temporal Uba Inpec, dan cuenta de la atención médica recibida por el señor AGP desde el 24 de junio de 2014 hasta el 14 de octubre de 2014, al interior de la cárcel de La Dorada.¹³

- De acuerdo con la historia clínica, el señor AGP fue atendido en el Hospital San Félix de La Dorada desde el 24 de junio de 2014, consultando en repetidas ocasiones hasta que fue remitido el 15 de octubre de 2014 a la unidad de cuidados intensivos de Calmedicas¹⁴.

- El señor AGP fue atendido en la Unidad de Cuidados Intensivos de Calmedicas desde el 16 de octubre de 2014 siendo aproximadamente las 10:35 am, remitido del Hospital San Félix de La Dorada, documento del cual se destacan las siguientes notas de evolución y atención médica:

“SE TRATA DE UN PACIENTE EN LA CUARTA DECADA DÉ LA VIDA QUIEN DEBUTA CON CUADRO DE FALLA VENTILATORIA DE ORIGEN NO CLARO REQUIRIENDO DE SOPORTE VENTILATORIO MECANICO INVASIVO Y SOPORTE VASOPRESOR SE INGRESA A LA UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO SE REALIZA PASO DE CATETER VENOSO CENTRAL SUBCLAVIO DERECHO SIN COMPLICACIONES SE CONTINUA SOPORTE”¹⁵

El 17 de octubre de 2014 se anotó:

“PACIENTE QUIEN EN LAS ULTIMAS 24 HORAS HA PRESENTADO EMPREORAMIENTO DE SU ESTADO HEMODINAMICO CON REQUERIMIENTO DE INICIO DE UN SEGUNDO VASOPRESOR CON VASOPRESINA, SE RECIBIO INFORMACION POR PARTE DE MEDICO TRATANTE EN INSTITUCION CARCELARIA QUE AUNADO A UNOS BIOMCARDAÓRÉS DE DAÑO MIOCARDIO POSITIVOS HACE CONFIGURAR DIAGNOTICO DE MIOCARDITIS PROBABLE ORIGEN INFECCIOSO, EN EL MOMENTO SE ENCUENTRA SOPORTEADO CON DOSVÁSOPRESOR SE DECIDE EN REVISTA INDICA INICIO DE SOPORTÉ INOTROPICO Y SE CONSÍDERA PACIENTE QUIEN SE BENEFICIA DÉ MONITORIZACION HEMODINAMICA PARA MANEJO DE VOLUMEN EINJOTROPIA GUIADA EN PARAMETROS HEMODINAMICOS MINIMAMENTE INVASIVOS CON ANALISIS DE LA ONDA DE PULSO POR LO QUE SE INICIA MONITORIZACION CON CATÉTER 0E FLOWTRACK Y MONITOR VIGILEO, SE RESTRINGE EL APORTE DEVOLUMEN POR SIGNOS DE EDEMA PULMONAR EN LA PLACA DE TORAX SE OPTIMIZA LA SEDACION EN BUSCA DE NO EMPERORAR LA HIPOTENSION ADICIONAREMOS ESPIRONÓLACTONA COMO BLOQUEÓ NÉUROHORMONAL, EN ESPERA DE ECÓCARDIOGRAMA PARA DEFINIR FUNCION VENTRICULAR, SE INICIARÁN TRAMITES DE REMSIÓN PARA MANEJO EN UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO CON DISPONIBILIDAD

¹² Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, Rad.: 24392.

¹³ Pág. 60-62 AD “03” “CUADERNO1” y Pág. 143 – 148 AD “01” “CUADERNO 1A”

¹⁴ Pág. 20 – 92 AD “04” “CUADERNO1A”

¹⁵ Pág. 89 Ibidem

DE CARDIOLOGIA Y RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA PARA CONFIRMAR D1AGNOITCIOS.¹⁶ (sic)

-. Posteriormente, el señor AGP fue atendido en la Unidad de Cuidados Intensivos de la Clínica Minerva de Ibagué (Tolima), se registra la atención médica brindada desde el 18 de octubre de 2014 hasta el 22 de la misma calenda, destacándose las siguientes anotaciones:

“PACIENTE QUIEN CONSULTO A UNIDAD LOCAL DORADA POR FIEBRE DOLOR TORACICO DISNEA, CON DETERIORO DE LA CLASE FUNCIONAL, ANTE RIESGO DE FALLA VENTILATORIA CONSIDERAN IOT, DOCUMENTAN DURANTE LA HOSPITALIZACION CAMBIOS HEMODINAMICO CON CLINICA DE ENDORCADITIS LA CUAL CONFIRMA CON ECOCARDIOGRAMA QUE REPORTA HIPERTROFIA EXCENTRAICA VENTRICULAR IZQUIERDA DISFUNCION DIASTOLICA LEVE DIFUSA VENTRICULO DERECHO DILATADO, CON FUNCION SISTOLICA CONSERVADA VEGETACION DE GRAN TAMAÑO VALVULAR AORTICA EINSUFICIENC CIA GRADO IV VEGETACION EN VALVA ANTERIOR MITRAL, INSUFICIENCIA GRADO IV DILATACION BIAURICULAR SEVEA DERECHA LEVE HT PSAP 46 MMHG INGRESA PACIENTE DESACOPLOADO A VENTILACION MECANICA AFEBRIL

(...)

PACIENTE EN LA 4 DECADA CON CUADRO DE ENDOCARDITIS VALCULAR AORTICOMITRAL CON SHOCK MIXTO CARDIOGENICO MIXTO, QUIEN REQUIERE SOPORTE VASOPRESOR CATECOLAMINERGICO , SE CONSIDERA CONTINUAR GUCOPEPTIDO MAS AMINOGLUCOSIDO Y SE ORDENA PARA CLINICOS PARA DETERMINAR DISFUCION ORGANICA”¹⁷

Finalmente, el 22 de octubre de 2014, se registró el fallecimiento del señor AGP siendo aproximadamente las 7:48 pm, destacándose las siguientes notas médicas respecto a su evolución:

“PACIENTE CON COMPROMISO MULTISISTEMICO QUE NO RESPONDE APESAR DE MANIOBRAS DE REANIMACION CONTINUA.POR HIPOGLICEMIA DE 52, 26, 30 MG/DL SE DEJA INFUSION DE DEXTROSA AL 50% A 20 CC HORA. SE DA PARTE MEDICO A LOS FAMILIARES DE MANERA AMPLIA Y LCAA DE ACUERDO A SU NIVEL SOCIO CULTURAL. SE INICIA SEDACION CON MIDAZOLAM A 2MG Y SE DEJA FENTANYL A 00MCG INTRAVENOSO EN INFUSION CONTINUA.

PACIENTE PRESENTA A LAS 17 50 PAROCARDIORESPIATORIO APESAR DE MANIOBRAS DE REANIMACION CONTINUA. PRESENTA ASISTOUA. SE INICIA MANIOBRAS DE REANIMACION CARDIOCEREBRO PULMONAR SEGÚN PROTOCOLO ACLS PARA ASISTOUA CON VENTILACION CON MASCARA BOLSA RESERVORIO, MASAJE CARDIACO EXTERNO, ADRENALINA, DURANTE PROXIMADAMENTE 20 MINUTOS SIN EXITO. PACIENTE FALLECE A LAS 18 10. SE DA PARTE MEDICO A LA FAMILIA SE EXPLICA DE MANERA AMPLIA Y CLARA DE ACUERDO A SU NIVEL SOCIO CULTURAL”¹⁸ (sic)

¹⁶ Pág. 91 Ibidem

¹⁷ Pág. 206 AD “03” “CUADERNO1”

¹⁸ Pág. 218-219 Ibidem

- En el Informe de Necropsia del 23 de octubre de 2014, suscrito por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Ibagué, se consignó el siguiente análisis y opinión pericial:

“Se trata de un hombre quien presenta cuadro de fiebre, dolor torácico, disnea, y deterioro funcional, con ecocardiograma con hipertrofia excéntrica ventricular izquierda, disfunción diastólica leve difusa, ventrículo derecho dilatado, gran vegetación valvular aortica e insuficiencia grado iv, vegetación en válvula anterior mitral, insuficiencia grado iv, dilatación biauricular severa derecha, por lo cual es remitida a la Clínica Minerva, durante hospitalización continua deteriorándose y fallece. Antecedente: Peritonitis – Apendicitis hace 2 meses.

Causa básica de muerte: shock cardiogénico – séptico debido a endocarditis infecciosa.

Probable manera de muerte: natural.”¹⁹

- Se recibió declaración del señor Juan Alfonso Giraldo Zuluaga médico cirujano, que laboraba para Inpec desde hace 13 años, quien acudió como testigo técnico, aclarando que no atendió al paciente. Señaló que:

- La infección tuvo origen intraabdominal, pudiéndose generar por un origen bacteriano, por hongos, pero que no puede decirlo con evidencia total, por cuanto ello solo podría ser determinado por un examen de patológica.

- El shock séptico asociado a endocarditis, se trata de un colapso bioquímico y orgánico en el que uno o más órganos empiezan a fallar, debido a una infección, produciendo una falla cardiaca. Explicó que endocarditis infecciosa, se refiere a una infección masiva ocasionada probablemente originada del abdomen.

- Que condiciones como el hacinamiento en la cárcel, la alimentación o la temperatura no tiene la capacidad de influir en el proceso infeccioso que padeció AGP, por cuanto estos factores son externos, lo cual no podía afectar al paciente, dado que se trataba de una infección intraabdominal.

- Que los servicios de salud prestados al interior de las cárceles, es de un primer nivel de atención, similar a un centro de salud, sin embargo, el servicio se prestaba de lunes a domingo.

- Que posiblemente las condiciones internas del paciente contribuyeron a su mala evolución, también unas defensas bajar o una condición inmunosupresora. Que a pesar de que posterior a la cirugía se apliquen antibióticos para evitar infecciones, puede ocurrir que queden bacteria y que a pesar de ello, evolucionen y produzcan los efectos que provocaron en el paciente.

- Explicó que la proliferación bacteriana que sufrió el paciente no se da por el proceso quirúrgico, sino por el proceso patológico que tiene el paciente, aunado al sistema inmune que tenía; enfatizando que no es posible predecir la evolución que tuvo el paciente, más aún cuando se le dio salida porque había evolucionado favorablemente desde el punto de vista clínico.

¹⁹ AD “32” “CUADERNO1B”

- Se recibió la declaración del señor Julián Andrés Colima Ríos, interno de la cárcel “Doña Juana”, desde el 5 de noviembre de 2011, quien señaló:

- Que conoció al señor AGP en 2014 cuando llegó al pabellón 6, con quien sostuvo una amistad.

- Que al señor AGP se le realizó una cirugía en junio (sin indicar fecha), señalado que más o menos a los dos días retornó al patio; que su estado de salud se deterioró más o menos un mes después de la intervención quirúrgica, refiriendo que presentaba fiebre.

- Que junto a otros internos le ayudaban a ir al área de sanidad, sin embargo siempre era “devuelto” sin ser atendido. Que debido a la desatención del señor AGP, hicieron una huelga de hambre para que fuera debidamente atendido. Que en varias ocasiones remitieron al señor AGP al Hospital San Félix.

- Que cuando el señor AGP era llevado al área de sanidad, era dejado en esa zona, sin embargo, no le consta si lo atendían o no porque nunca los dejaban quedarse. Manifestó que, en ocasiones cuando volvía el señor AGP del área de sanidad, él mismo manifestaba que le habían dado una pasta para el dolor.

- Que el encargado de prestar los servicios de salud era un médico de apellido Murillo; lo cual no era suficiente para prestar los servicios de salud.

- Se recibió declaración del señor Santander Antonio Suárez Correa, médico cirujano que presta sus servicios profesionales en el Hospital San Félix de La Dorada desde hace 11 años, quien señaló que atendió al señor AGP, y precisó:

- Que el señor AGP ingresó el 24 de junio de 2014, mismo día que le fue practicado el procedimiento quirúrgico de *apendicectomía*, que debido a que presentaba buena evolución, la herida quirúrgica se encontraba sana fue dado de alta y se lo recetó analgésicos y antibióticos por 8 días.

- Que le fue aplicado antibiótico profiláctico antes y después de la cirugía para evitar riesgo de infección, así mismo señaló que se dieron recomendación alimentaria (dieta líquida, dieta blanda y luego dieta sin grasas y lácteos). Que se indicaron como signos de alarma que, en caso de presentar vómito, diarrea, dolor abdominal, debía consultar inmediatamente.

- Que el paciente ingresó nuevamente a los 2 meses, por presentar dolor abdominal, por lo que le fue practicado un TAC abdominal, el cual arrojó la posibilidad de haber inflamación del apéndice cecal lo cual le pareció extraño. Manifestó que el paciente fue dejado en observación y debido a la evolución satisfactoria fue dado de alta.

- Que cuando se presenta de sepsis posterior a realizar apendicectomía, los síntomas se presentan casi que de inmediato, máximo 2 o 3 días, el paciente entra en una peritonitis severa, pudiendo fallecer de 3 a 5 días.

- Explica que no es posible que posterior a dicha cirugía se presente una sepsis luego de transcurrir 2 meses; que si se presentó una infección luego de transcurrido ese lapso, es posible que tenga su origen en otras causas diferentes a una sepsis abdominal.
- Que en este caso la endocarditis no fue producto de la apendicitis, explicando que cuando se da infección en el sitio de operación, sale la materia fecal y en el reporte de necropsia no señala que hubiera peritonitis o que tenga el apéndice inflado, en todo caso explicó que una infección post apendicectomía no se materializa tres meses después, recalcando que en caso de darse esa la infección después de esa cirugía y no se atiende, el paciente fallecería de 3 a 5 días después. De otra parte, señaló que la pérdida de peso no es un síntoma característico de la endocarditis.
- Respecto a las posibles causas de la endocarditis en el paciente señaló que, seguramente se dieron en las últimas valoraciones porque tenía síntomas respiratorios, con problemas a nivel pulmonar e incluso el internista sospechó una tuberculosis. Que la endocarditis debe ser atendida por un médico internista o intensivista, con prontitud, puesto que puede presentar afectaciones pulmonares, en los riñones, en el vaso, en el cerebro.
- Respecto al diagnóstico de apendicitis cecal señaló que, posiblemente se dio por equivocación de la plantilla de quien realizó el examen o porque confundieron el “muñón” por donde se “amarra” el apéndice después de realizar la apendicectomía y la confundieron con un apéndice.
- Que posterior a la cirugía, cuando reingresó al Hospital San Félix, no era posible determinar que el paciente padecía de una infección como la endocarditis, porque no presentaba los síntomas cardíacos ni respiratorios. Que el paciente presentó síntomas de endocarditis, cuando ingresó por tercera vez, porque tenía síntomas.
- Se recibió declaración del señor Elkin Farid Acosta Echavarría, médico internista, que presta sus servicios profesionales en el Hospital San Félix de La Dorada desde 2006, quien señaló:
 - Que atendió al señor AGP, quien consultó en tres ocasiones, el 17 de septiembre de 2014, luego el 30 de la misma calenda, con cuadro de dolores abdominales y diarrea y luego el 15 de octubre de 2015, presentado en esa ocasión unas malas condiciones de salud, edema de miembros inferiores, diarrea, tos y en un estado séptimo, razón por la cual decidieron remitirlo a cuidados intensivos.
 - Sobre la apendicectomía practicada, señaló que la evolución fue satisfactoria, razón por la cual se le dio salida, que no presentaba signos de alarma.
 - Que el paciente falleció por una *endocarditis bacteriana*. Sobre su diagnóstico señaló que no es fácil, que además la evolución de esa enfermedad puede tardar tres o cuatro semanas, que además el pronóstico es grave si no se diagnostica.
 - Sobre sus posibles causas indicó que puede ser producida por heridas, intervenciones odontológicas que causen sangrado, también se pueden producir por

cirugías, por procedimientos invasivos como colonoscopia, drenado de absceso, biopsias, también pacientes que están inmunosuprimidos que utilizan sustancias psicoactivas, entre muchas otras, aclarando que es un amplio espectro de posibles causas que pueden producir la endocarditis.

- Reiteró que su diagnóstico al inicio es muy difícil, puesto que se necesita la experticia, además se requiere realizar hemocultivos, es necesario realizar un ecocardiograma, sin embargo, explicó que ese examen solo sirve en fases tardías de la enfermedad, porque se ven la formación de vegetaciones a nivel de las válvulas cardíacas.

- Que los exámenes claves para diagnosticar la endocarditis son hemocultivos y ecocardiograma, sin embargo, explicó que dichas pruebas en las fases iniciales no sirven, porque las vegetaciones que se forman en las válvulas cardíacas no aparecen en las fases iniciales de la enfermedad, además los hemocultivos también van a dar negativos; en caso particular del señor AGP, señaló que en las consultas de junio y septiembre, no tenía signos de endocarditis.

- Que una sepsis abdominal no es posible que se extienda durante 3 meses, puesto que, en caso de haber presentado ese tipo de infección, el paciente en 12 días hubiera fallecido sin atención.

- Que si bien existe la posibilidad de que el procedimiento de apendicectomía sea la que produjo la endocarditis, de eso no hay prueba, por cuanto ésta última enfermedad puede tener múltiples causas y no solo la intervención quirúrgica.

- Que en la atención brindada el 15 de octubre de 2014, se decidió intubar al paciente debido al cuadro séptico que presentaba, sin embargo, no se tenía claridad respecto al foco de la infección, razón por la cual se determinó que el paciente tenía una infección generalizada; que, teniendo en cuenta que el hemocultivo se demoraba varios días y además no contaban ecocardiograma por cuanto el hospital es de segundo nivel de complejidad, se tomó la determinación de estabilizar al paciente y remitirlo ese mismo día a unidad de cuidados intensivos.

- Explicó que esa remisión no fue realizada en las consultas de septiembre, por cuanto el paciente no presentaba compromiso sistémico, no tenía datos de *Sirs*²⁰, diferente al mes de octubre que tenía cuadro de *Sirs*, hipotenso, taquicárdico, alteración del sensorio, hematizado. Que no se pudo establecerse cuál fue la causa de la endocarditis, indicando que si bien el paciente -según la historia-, solo registraba la apendicectomía dado que pasó mucho tiempo, consideró como poco probable que este procedimiento haya sido la causa de la endocarditis.

- Explicó que el procedimiento quirúrgico de apendicectomía es un factor de riesgo, el cual puede causar una herida debido a que es un procedimiento invasivo, siendo entonces la posibilidad de adquirir una infección como la endocarditis un riesgo inherente al procedimiento quirúrgico.

- Que para 2014, se contaba con unidad de cuidados intensivos en la Clínica

20 Síndrome de respuesta inflamatoria sistémica.

Calmedicas, que hoy en día ya no se cuenta con ese servicio en La Dorada por cuanto dicha clínica está extinta.

- Se recibió declaración del señor Rubén Darío Iregui González, quien fungió como director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de La Dorada, quien señaló:

- Que no recordar la fecha de los hechos en la cual falleció el señor AGP, manifestando que recuerda que falleció *“por temas médicos”*, durante el tiempo que se desempeñó como director de la cárcel de La Dorada.

- Explicó que el establecimiento penitenciario, se encargaba de trasladar a los internos al centro de salud que existía dentro del plantel y a su vez se encargaba de realizar las remisiones a los diferentes centros médicos con los cuales Caprecom tenía vínculos a fin de que atendieran los internos.

2.4. Análisis del caso concreto

El *a quo* indicó que, el daño antijurídico *“no se concreta en la muerte del señor ALEXANDER GIRALDO PARRA; ni siquiera en la producción de la infección endocarditis que finalmente produjo su deceso... El daño a estudiar, y que potencialmente es resarcible en los términos de la demanda, deviene en la disminución de las probabilidades de sanar, de haber recuperado su salud, de haber recibido un tratamiento oportuno, que es lo que doctrinalmente se conoce como la PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD (...)”*.²¹

La parte demandante en su recurso de apelación insistió en que el daño es el fallecimiento de AGP derivado de una falla del servicio imputable a las demandadas. Por su parte las entidades demandadas, en términos generales señalaron que, el daño no les es imputable, además que el *a quo* no realizó una adecuada valoración de las pruebas.

De acuerdo a las posiciones esbozadas por las partes, pasará la Sala a analizar si el daño es imputable o no a las entidades demandadas, para tal efecto se estudiará la atención brindada por el Área de Sanidad Unión Temporal Uba Inpec y el Hospital San Félix de La Dorada.

En todo caso se precisa que, el fallecimiento del señor AGP ocurrió el 22 de octubre de 2014, lo cual se encuentra plenamente acreditado, de acuerdo con el registro civil de defunción, obrante a folio 23 del archivo digital “03Anexos”.

2.4.1. De la atención suministrada por el Área de Sanidad Unión Temporal Uba Inpec

La parte demandante alegó que, el fallecimiento del señor AGP, provino de la omisión del Inpec en el cumplimiento de sus deberes de garantizar la oportuna atención y tratamiento médico al interno, lo cual considera fue la causa efectiva del daño, ello, por cuanto el deterioro de salud del interno luego del acto quirúrgico, fue progresivo, egresando y reingresando al centro penitenciario, sin recibir solución al gravísimo estado de salud.

El juez de primer grado atribuyó responsabilidad al Inpec, no por el fallecimiento, sino por la pérdida de oportunidad de recibir tratamiento, aduciendo que, en general existió una

²¹ Pág. 40 AD “73” “CUADERNO1B”

precaria atención en salud a los internos que se encuentran bajo su custodia y además porque: *"...dicha Institución se quedó corta en la atención al recluso (...) hasta el punto que de sus propios compañeros de reclusión demandaron abiertamente una mejor atención mediante mecanismos de presión social como la huelga de hambre, recolección de firmas ante la Fiscalía, información a los medios de comunicación y quejas ante la Defensoría Pública..."*.

Al respecto, la Sala precisa que, para atribuir responsabilidad al Inpec en la prestación de servicios médicos a la población reclusa, se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo, de ahí que sea necesario demostrar la existencia de la falla del servicio para comprometer la responsabilidad del Estado.

El Consejo de Estado al respecto ha precisado:

"Lo anterior no significa que se deje de lado la aplicación del régimen general de responsabilidad, esto es, el fundado en la falla del servicio, el cual debe privilegiarse cuando se evidencie que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes. Además, en los eventos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos primarios que ofrece el INPEC, se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo, lo cual se explica porque, aunque acaecidas las supuestas afectaciones durante la reclusión, no se produjeron en virtud de esta última, de ahí que sea necesario demostrar la existencia de la falla del servicio para comprometer la responsabilidad del Estado".²² (se destaca)

De acuerdo con lo anterior, resulta diáfana la necesidad de determinar si el Inpec -en el caso concreto- incumplió u omitió los deberes que tiene frente a la atención en salud del señor AGP, quien se encontraba recluso en la cárcel de La Dorada.

Así, respecto al contenido funcional del Inpec, la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) en su artículo 14, dispone que le: *"corresponde (...) la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado"*, cometido que se hace efectivo a través de los diferentes establecimientos de reclusión -art. 20 ibidem- en los que *"se garantizará la existencia de una Unidad de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en Salud Penitenciaria y Carcelaria Urgencias en Salud Penitenciaria y Carcelaria"*.

Lo anterior sin perjuicio de que, a través de las instituciones hospitalarias pertenecientes al sistema general de salud, se presten los servicios de prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicas o mentales, sin necesidad de resolución judicial que así lo ordene, pues debe asegurarse el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad -art. 104 CPC-.

En el caso concreto, en cuanto a la oportunidad de la atención médica suministrada al señor AGP, se acreditó con la historia clínica que, el paciente fue atendido a través de los servicios de urgencias, medicina general, cirugía general y medicina interna, durante el periodo

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2023, radicado número: 68001-23-33-000-2015-00392-01 (59620)

comprendido entre el 24 de junio de 2014²³ hasta el 22 de octubre de 2014²⁴.

Así, el señor AGP fue valorado el 24 de junio de 2014 por medicina general en el establecimiento penitenciario de La Dorada por presentar “dolor abdominal”, razón por la cual el personal médico decidió remitirlo a segundo nivel de atención.

Con fundamento en ello, fue remitido al Hospital San Félix, donde el mismo día le fue realizada la *apendicectomía*; después de ello se registraron atenciones médicas al interior de la cárcel de La Dorada; así por ejemplo, se observan en la historia clínica las siguientes notas:

26/06/2014 Valorado por Medicina General en el EPAMS DORADA con diagnóstico de Posoperatorio de apendicectomía de 2 días de evolución realizada en el hospital san felix de la Dorada Caldas, quien no trae o no hay evidencia de historia clínica de soporte de la cirugía, sin formulas médicas actualmente con dolor abdominal. T/\ 110/80 FC 70X FR 10X, herida quirúrgica en abdomen sin signos de infección, leve dolor a la palpación edema quirúrgico sin signos de irritación puntual, resto de valoración normal. Diagnóstico POP Apendicectomía le prescribieron Analgésicos y Antibióticos Profilácticos. Firmado(a): Dr. Javier E. Murillo Medico General CC.6804937 R.M.4700.

01/07/2014 Valorado por medicina General en el EPAMS DORADA motivo de consulta Dolor Abdominal. Al examen paciente con claro positivo. Dolor en hipocondrio izquierdo progresivo avocado a emesis. Posoperatorio apendicectomía hace mas o menos 15 días. TA 110/80 FC 70x FR 20x Mucosa oral Húmeda. Abdomen blando con dolor a la palpación flanco e hipocondrio agudo no irritación peritoneal no edema.- Diagnostico Dolor Abdominal y POP Apendicectomía El plan de manejo fue Hioscina + dipirone IV metocloplamida le solicita Cuadro Hemático y Facial de orina.

(...)

10/07/2014 Valoración por médico general para lectura de exámenes, antecedentes de POP apendicectomía hace 15 días con dolor abdominal, Cuadro hemático leve 17400 neutrofilos 58% y linfocitos 11,3 ...abundante dolor abdominal FC 70x RF 20x, cicatriz quirúrgica con infección leve ardor a la palpación, resto de examen normal. Diagnostico POP Apendicectomía plan de tratamiento Metronidazol. Firmado(a): Dr. Javier E. Morillo Medico General CC.6804937 R.M.4700

12/09/2014 Valorado por medicina general ingresa paciente a sanidad, POP de apendicetomía, deposiciones líquidas de mas o menos 1 mes de evolución, con vomito..., con mareo. Diagnostico Gastritis mas-Desnutrición. El plan de tratamiento Solución Salada 9% x 400cc 1000 100c/h., ranitidina, metocloplam'ina, refiere paracelinas solicitados pendiente de resultados. Firmado(a): Dr. Javier E. Murillo Medico General CC.6804937 R.M.4700

12/09/2014 Nota de enfermería: Ingresa Paciente al servicio de sanidad traído en camilla, conciente alerta orientado afebril, **sin signos de dificultad respiratoria** es valorado por el Dr Murillo quien ordena canalizarlo y tomar muestra de sangre para laboratorios. Se canaliza con yelco No 18 y se deja con SS 0,9 x 500 cc se pasan 1000cc en bolo y se continua a 100 cc/h. 11+50 paciente recibe almuerzo pero no tolera vía oral, se deja en celda de observación para valoración 1-4+00 paciente refiere sentirse mejor y quiere irse para su patio, que el se compromete a hidratarse muy bien.

(...)

17/09/2014 Paciente valorado por medicina general con motivo de consulta dolor y fiebre. Reporte Cuadro Hemático leve 1967,0 plaquetas 456 neutrofilos 62,3% linfocitos 30%

²³ Ver historia clínica: Pág. 60-62 AD “03” “CUADERNO1”; Pág. 143 AD “01” “CUADERNO1A”

²⁴ Pág. 218-219 AD “03” “CUADERNO1”

hemoglobina 8,66. vih no reactivo. BUN 8,8 creatinina 0,96 glicemia 153 Paciente con POP apendiceptomia hace 2 meses, quien con dolor abdomila, hace 1 mes, con fiebre malestar general, antecedentes con edema en miembros inferiores. TA 90/50 FC 99X Temperatua 38,8 mucosa ... Sin soplos RSRs con dolor agudo en el abdomen a la palpación generalizado, No edema sin déficit. Diagnóstico Dolor Abdominal y Sepsis **plan de manejo remisión a II nivel de urgencias**, solución Salina 0,9 x 500 cc por 1000 cc/hora, diclofenaco. Firmado(a): Dr. Javier E. Murillo Medico General CC.6804937 R.M.4700

(...)

24/09/2017 Paciente que fue contraremitido del Hospial San Félix de la dorada el cual había sido remitido, de sanidad INPEC por probable sepsis de foco abdominal paciete quien no le ni evolucionaron histtoria dina se evidencia imand e TAC abdomen normal, sin repore físico. Tensión Arterial 100/80 FC 70x To 36 conjuntivas norales. Sin soplos ni agregados, abdomen blando depresible sin dolor. Edena grad I - II bilateral sin déficit. Diangósticb Sepsis abdominal resuelto. Pendien trascripción formula médica enviada del hospital san felix, se autoriza- ingreso de Entoagesimoy cuadro hematico. (...)

30/09/2014 Nota de enfermería: 9:14 **sale paciente del servicio al hospital san Félix** en aparentes buenas condiciones, generales. Pendiente contraremisión . Lida Patricia Paniaga Auxiliar de enfermería.

(...)

01/10/2014 Nota de Enfermería : Paciente que por oden del Doctor Juan Diego Veíasquezes dejado en el área de sanidad para observación paciente caminando por sus propios medios caminando normal afebrel pendiente valoración médica. Firmado Angel Marín Auxiliar de enfermería. 19:00 encuentro paciente: en celda de sanidad, despierto alerta en aparentes buenas condicione generales dejado por oden del Dr Juan Diego pediente Valoración Médica para definir conductoa: Firmado: Joana Mesa Auxliar de enfermería.

02/10/2014 Nota de Enfermería 19:00 encuentro paciente en celda de sanidad despierto, alerta en aparentes buenas condiciones generales dejado por orden del Dw Juuan Diego pendiente valoración médica para deinir conducta. Firmado Lida Patricia panlagua Auxiliar de enfermería.

02/10/2014 Nota de Enfermería Queda paciente en celda tranquilo, conciente en la noche durmió a intervalos largas pendiente valoración mécia para definir" conducta. Firmado Johana Mesa Auxliar de enfermría. Recibo paciente de celda viv, despierto conciete, ordenado por signos vitales no males pendiente valoración mécia. Firmado(-a): Dr. Javier E. Murillo Medico General CC.6804937 R.M.4700-

02/10/2017 Motivo de consulta por medico general Control, Paciente que fue remitido al hospital san felix de la dorada Caldas el 30 de Septiembre de 2014, por posible trastorno electrolítico y gastroenteritis con desnutrición. Contraremitido el mismo día sin reportes ni soportes de historia clínica. Actualmente con edema en miembros inferiores Antecedentes quirúrgicos apendiceptomia TA. 160/80 FC -70x FR 18x. Abdomen blando sin dolor a la palpación. Edema grado I-II. ep pie bilateral, '-sin déficit. Paciente sin diagnostico claro ya que no hay reporte diagnóstico de historia clínica del hospital. Diagnóstico Gastroenteriris en resolución, Plan de Tratamiento continuar manejo indicado por el Hospital San felix, traslado a Patio. Firmado: Dr. Javier E. Murillo Medico General CC.6804937 R.M.4700

02/10/2014 Paciente Valorado por medico general, ordena saida a patio sin mas novedad especial se dan recomendaciones. Firmado(a): Dr. Javier E. Murillo Medico General CC.6804937 R.M.4700

13/10/2014 16:00 ingresa interno al servicio de sanidad, traído en camila por nternos del patio en custodia del dg Barajas refiriendo que no puede caminar ben se "observa poco edema, paciente habla incoherencias, intranquilo, se deja bajo obervacion. Firmado Liliana Carolina

Cabreras c.c.24717366.

13/10/2014 Recibo paciente en celda despiero conciente se observa edema en miembros inferiores pendiente valoración médica mañana para definir conducto. Firmado : Johana mesa.

14/10/2014 Valorado por medicina General motivo de consulta tos paciente con cuadro de tos seca, de 8 días actualmente con presencia de edema en los pies. Refiere ansiedad y desea manifestar que desea calmantes. Peso 61 kg, Talla 1,70 Fe 120 T 36°C, IMC 21 Con conjuntivas pálidas abdomen blando y dolor a la palpación edema gado I pie bilateral. Paciente con evidencia de anemia pero con palidez generalizada la taquicardia y perdida de fuerza. Diagnósticos Bajo Peso, Taquicardia Edema en Miembros Inferiores Ansiedad el plan de tratamiento fue Valoración por Nutrición, Valoración por medicina Interna: electrocardiograma cuadro hemático, proteínas total, función renal , fórmula médica: Firmado: Dr. Javier E. Murillo Medico General CC.6804937 R.M.4700

14/10/2017 7:00 Entrego paciente en celda despierto, conciente, en la noche duerme a intervalos cortos, presenta episodios de tos sin movilización de secreción continua con edema de miembros inferiores. Firmado : Johana mesa. Recibo paciente en celda vivo despierto, conciente, orientado con signos vitales normales se observa tos seca edema en miembros inferiores pendiente valoración por médico. Firmado Lida Patricia Paniagua.

14.00 Paciente valorado por medicina general ordena valoración prioritaria por medicina interna. Ordena alimentación, se piden laboratorios. Se entrega papelería para continuar trámite, se da salida a patio sin más alertas. Se dan recomendaciones. Firmado Lida Patricia Paniagua Auxiliar de enfermería

14:15 Paciente consciente alerta orientado no permite que se le realice EKG ordenado el médico la cual insiste en irse a su patio se deja dicho acontecimiento. Firmado Auxiliar de enfermería Tía Liliana Carolina Cabrera S. c.c. 24717366

15/10/2014 Paciente valorado por medicina general Motivo de consulta me ahogo paciente quien es traído a sanidad con signos de disnea, agregados con cuadro clínico de disnea adecuada diáforesis y mareo subjetivo con limitación para la marcha. TA 90/70 FR 125 T°38 FR 222,81, Mucosa oral seca pupila reactiva a la luz corneas se solicita agregados. Diagnóstico de Disnea a Estudio, Fiebre, Encefalopatía. Paciente en regulares condiciones que en repetidas ocasiones se ha remitido al Hospital San Félix por deterioro claro hace más de 1 mes. **Se remite nuevamente por estado grado del paciente y documentación ilegal.**

15/10/2014 fue remitido por urgencias al Hospital San Félix de por diagnóstico de Gastroenteritis más desnutrición grado II. Firmado: Dr. Javier E. Morillo Medico General CC.6804937 R.M.4700".²⁵ (Sic)

Se aprecia de la revisión de la historia clínica que, en el Área de Sanidad Unión Temporal Uba Inpec, de la cárcel de La Dorada, se brindó atención en salud al paciente, de acuerdo a los síntomas que presentaba y el nivel de atención primario que en esas instituciones se brinda.

Ahora bien, el testigo Julián Andrés Colima Ríos interno de la cárcel "Doña Juana", desde el 5 de noviembre de 2011, adujo haber conocido al señor AGP en 2014, con quien sostuvo una amistad, que al señor AGP se le realizó una cirugía en junio (sin indicar fecha), que más o menos a los dos días retornó al patio, aduciendo que su estado de salud se deterioró más o menos en un mes después de la intervención quirúrgica, refiriendo que presentaba fiebre, precisando que el testigo y otros internos lo ayudaban a ir al área de sanidad, sin embargo siempre era "devuelto" sin ser atendido.

Las afirmaciones referidas por el testigo, no encuentran mayor respaldo en el expediente,

²⁵ Pág. 143 a 147 AD "01" "CUADERNO1A"

puesto que -como ya se refirió- el señor AGP recibió atención en el área de sanidad de establecimiento carcelario cuando era requerida; además el referido testigo declaró que, fue al llevar al señor AGP al área de sanidad, era dejado en esa zona y que no le constaba si lo atendían o no, porque nunca los dejaban quedarse.

Aunado a lo anterior, se evidencia que, el médico que atendió al paciente en el establecimiento carcelario, de acuerdo a los síntomas que registró en la historia clínica, dispuso el traslado del paciente a una institución del II nivel de complejidad, así, fue remitido al Hospital San Félix el 17 y 30 de septiembre, y el 15 de octubre de 2014.

Igualmente, el cuadro que aportó la parte demandante sobre las salidas del señor AGP rumbo al Hospital San Félix, y a otros centros médicos entre el 24 de junio de 2014 y el 15 de octubre de 2014, y que sirvió de base a la sentencia de primera instancia para imputar responsabilidad al Inpec, corroboran que en efecto, en el *Área de Sanidad Unión Temporal Uba Inpec*, se dispuso y materializó el traslado del paciente o entidades con mayor capacidad de atención en salud, sin que pueda afirmarse que específicamente en algún momento se omitió o retrasó el traslado o que este se realizó a una entidad sin capacidad para la atención del paciente.

Ahora, si bien el *a quo* imputó la responsabilidad al Inpec basado en que, existía una precaria atención en salud a los internos, lo cual fundamento en que *“sus propios compañeros de reclusión demandaron abiertamente una mejor atención mediante mecanismos de presión social como la huelga de hambre, recolección de firmas ante la Fiscalía, información a los medios de comunicación y quejas ante la Defensoría Pública que, a la postre, tuvo que interponer una acción de tutela que fue fallada en favor del interno Giraldo Parra...”*²⁶; no puede afirmarse que tales circunstancias son la causa eficiente del daño, pues es claro que sí hubo prestación de servicios médicos dentro de sus instalaciones y hubo remisiones a centros de mayor nivel de complejidad, de manera que no puede predicarse que la entidad omitió sus deberes de garantizar la oportuna atención y tratamiento médico al interno.

El fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, el 22 de septiembre de 2014 dentro del radicado 2014-0018527, que ordenó al Inpec y a la EPS Caprecom: *“...adelantar los trámites pertinentes para autorizar y programar valoración médica que requiere el señor ALEXANDER GIRALDO PARRA para controlar su infección intestinal”*, tampoco es suficiente para imputar responsabilidad al Inpec pues el hecho que, tenga a su cargo el cuidado y custodia de la población privada de la libertad, no permite afirmar que existió una falla del servicio y que esta haya sido la causa eficiente del daño.

Así las cosas, se concluye que no se demostró la omisión endilgada al Inpec, carga probatoria que correspondía a la parte actora, como lo ha indicado el Consejo de Estado, en casos como el que hoy se analiza, al señalar:

“Lo expuesto muestra que la demandante no honró la carga probatoria consistente en demostrar la falla que le atribuyó a la omisión del Instituto Nacional Penitenciario, ni el nexo causal entre esa circunstancia y el consecuente fallecimiento de Santiago Flórez Quesada, circunstancia que podía acreditar por cualquier medio probatorio. Tal demostración estaba a cargo de la parte actora en virtud de lo previsto en el artículo 167 Código General

²⁶ Pág. 53 AD “73”

²⁷ Pág. 232-239 AD “03”

del Proceso, según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho en el que sustentan las pretensiones.”²⁸ (se destaca)

Así, no están acreditados los presupuestos para predicar responsabilidad del Inpec por el fallecimiento del señor AGP ni por una pérdida de oportunidad de recuperar la salud y recibir un tratamiento adecuado.

2.4.2. De la atención prestada por la ESE Hospital San Félix de La Dorada

La parte demandante alegó que, el fallecimiento del señor AGP se produjo debido a la deficiente prestación del servicio de atención médica posterior al acto quirúrgico (apendicectomía), toda vez que su estado de salud se fue deteriorando paulatinamente, sin lograr un diagnóstico adecuado.

El *a quo* atribuyó responsabilidad al Hospital San Félix, argumentando que era evidente la desatención del paciente para tratar su patología, destacando como *inconcebible* el tiempo transcurrido entre la primera consulta posterior a la apendicectomía (25 de junio de 2014) y la ocurrida el 15 de octubre de 2014, señalando que los médicos no lograron “*siquiera sospechar de una endocarditis infecciosa*”, que de haberla detectado a tiempo, se hubiese evitado el desenlace fatal.

Señaló además que “*...el servicio a cargo del hospital demandado no se prestó en la forma que debía, expresado en la omisión de ordenar la práctica de los exámenes médicos que, de haberse hecho a tiempo hubiera permitido detectar el foco infeccioso que se desarrollaba en el cuerpo del paciente y poder adoptar medidas idóneas como remitir al paciente a un centro de mayor nivel de atención donde posiblemente hubiera recibido una atención acorde a su patología*”.

El hospital demandado en su apelación señaló que, no era cierto que el paciente llevara tres meses de evolución, por cuanto lo consignado en la historia clínica corresponde al relato obtenido de la indagación realizada al paciente al momento del ingreso en el servicio de urgencia, sin que sea posible aseverar que cursaba *endocarditis* desde hacía tres meses; que de acuerdo con el testimonio del médico Santander Antonio Suárez, la atención fue brindada con diligencia, pericia y adherida a los protocolos de manejo, se utilizaron las ayudas diagnósticas necesarias y con oportunidad. Además, que el fallo presumió procedimientos realizados al paciente, los cuales brillan por su ausencia en la historia clínica.

La Sala, de acuerdo con las pruebas aportadas evidencia que, la causa del fallecimiento del paciente fue la *endocarditis infecciosa* que produjo un shock cardiogénico, ello según se desprende del Informe Pericial de Necropsia 20140101173001000398 del 23 de octubre de 2014, suscrito por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Ibagué.

El médico cirujano Santander Antonio Suárez Correa, respecto a la endocarditis refirió en su declaración que, es una infección a nivel del corazón, causada por unos gérmenes a nivel cardiaco, que por lo general llegan por algún procedimiento odontológico, también pueden llegar por el hígado; que dichas causas, posiblemente se generaron en el paciente en las

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2023. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00392-01 (59620)

últimas valoraciones porque tenía síntomas respiratorios, con problemas a nivel pulmonar e incluso el internista sospechó una tuberculosis. Indicó además que posterior a la cirugía, cuando reingresó al Hospital San Félix, no era posible determinar que el paciente padecía de una infección como la endocarditis, porque no presentaba los síntomas cardiacos ni respiratorios.

En similar dirección, el médico internista Elkin Farid Acosta Echavarría señaló que, la endocarditis bacteriana es una infección cardiaca producida por bacterias en el torrente sanguíneo, que complican el epitelio que recubre la parte interna del corazón. Sobre sus posibles causas indicó que puede ser producida por heridas, intervenciones odontológicas que causen sangrado, también se pueden producir por cirugías, por procedimientos invasivos como colonoscopia, drenado de absceso, biopsias, también pacientes que están inmunosuprimidos que utilizan sustancias psicoactivas, entre muchas otras, aclarando que es un amplio espectro de posibles causas que pueden producir la endocarditis.

De acuerdo a lo anterior, la *endocarditis infecciosa* puede tener múltiples causas y orígenes, siendo la apendicectomía que le fue practicada al paciente, una de ellas. Ahora, respecto a su diagnóstico, en la literatura médica que fue referida por el *a quo*, se indica:

“Los síntomas de endocarditis pueden ser severos o muy leves. Pueden empezar repentina o lentamente. Los síntomas también pueden variar de persona a persona. Los posibles síntomas de endocarditis incluyen:

Fiebre y escalofríos

Soplo cardiaco nuevo o que empeora (un sonido inusual que se escucha entre los latidos)

Dolor de pecho

Tos

Dolor muscular, en las articulaciones y la espalda

Sudoración nocturna (sudoración abundante durante el sueño)

Falta de aliento (sentir que le falta el aire)

Cambios en la piel, incluyendo:

Vasos sanguíneos rotos

Protuberancias rojas o moradas dolorosas

Manchas rojas planas en la palma de las manos o en la planta de los pies

...

¿Cómo se diagnostica la endocarditis?

Para averiguar si usted tiene endocarditis, su profesional de la salud:

Preguntará acerca de su historia clínica, incluyendo síntomas, afecciones recientes y otros problemas de salud que afectan su probabilidad de desarrollar endocarditis

Hará un examen físico

Probablemente ordenará pruebas como:

Pruebas de sangre para revisar por síntomas de infección, bacterias u hongos en su sangre

Rayos x en el pecho

*Pruebas del corazón”.*²⁹

²⁹ <https://medlineplus.gov/spanish/endocarditis.html>

En el caso concreto, sobre los signos del proceso infeccioso y los exámenes realizados para su detección, se registró en la historia clínica lo siguiente:

-. El 24 de junio de 2014³⁰, se llevó a cabo el procedimiento quirúrgico apendicectomía, dejándose la siguiente nota de evolución:

“PACIENTE CON TA100/70 FC90 FR 16 MUCOSA ORAL HUMEDA ESLCERAS ANICTERICAS CONJUNTIVAS NORMOCROMICAS, CUELLO SIN ADENOPATIAS NI ADENOMEGALIAS, TORAX SIMETRICO RSCS RITMICO NO SOPLOS RSRs CONSE RVADOS, ABDOEMN CON HERIDA QUIRURGICA SIN SIGNOS DE INFECCION. EXTREMIDADES EUTROFICAS SIN EDEMA. SNC SIND EFICIT MOTOR NI SENSITVO APARENTE. A. PACIENTE CON EVOLUCION SATISFACTORIA DOLOR CONTROLADO NO SIRS, NO IRRITACION PERITONEAL. SE CONSIDERA EGREOS HOSPITALARIO.” (sic)

-. El 25 de junio de 2014 se anotó:

*“PACIENTE CON TA100/70 FC90 FR 16 MUCOSA ORAL HUMEDA ESLCERAS ANICTERICAS CONJUNTIVAS NORMOCROMICAS, CUELLO SIN ADENOPATIAS NI ADENOMEGALIAS, TORAX SIMETRICO **RSCS RITMICO NO SOPLOS RSRs** CONSE RVADOS, ABDOEMN CON HERIDA QUIRURGICA SIN SIGNOS DE INFECCION. EXTREMIDADES EUTROFICAS SIN EDEMA. SNC SIND EFICIT MOTOR NI SENSITVO APARENTE. A. PACIENTE CON EVOLUCION SATISFACTORIA DOLOR CONTROLADO NO SIRS, **NO IRRITACION PERITONEAL**. SE CONSIDERA EGREOS HOSPITALARIO”.*

-. El 26 de junio de 2014, se registró: *“(…) herida quirúrgica en abdomen **sin signos de infección**, leve dolor a la palpación, edema quirúrgico sin signos de irritación pentual (sic), resto de valoración normal”³¹*; el 1 de julio de 2014, *“(…) abdomen blando con dolor a la palpación flanco e hipocondrio agudo no irritación peritoneal no edema (...) plan de manejo fue Hioscina + dipirona IV, metocoplamida le solicita Cuadro Hemático y Pacial de orina” (sic).*

-. El 10 de julio de 2014, se realizó la lectura de los exámenes ordenados previamente, dejándose la siguiente nota médica: *“...cicatriz quirúrgica con infección leve ardor a la palpación, resto de examen normal. Diagnostico POP Apendiceptomia plan de tratamiento Metronicazol”.*³²

-. El 17 de septiembre de 2014, el señor AGP ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Félix, remitido de Sanidad del Inpec, por presentar:

“CUADRO DE APROXIMADAMENTE 2 MESES DE EVOLUCION CONSISTENTE EN DOLOR ABDOMINAL EN FOSA ILIACA DERECHA ASOCIADO A MULTIPLES DEPOSICIONES LIQUIDAS SIN MOCO NI SANGRE, VARIOS EPISODIOS EMETICOS DE CONTENIDO ALIMENTARIO, FIEBRE NO CUANTIFICADA, REFIERE PERDIDA SUBJETIVA DE PESO APROXIMADAMENTE 20 KG. EDEMA EN PIES CON DIFICULTAD PARA LA MARCHA. TIENE PRUEBA DE VIH NEGATIVO.

³⁰ Pág. 25 ibidem

³¹ Pág. 143 AD “01” “CUADERNO1A”

³² Pág. 144 Ibidem

...

Examen Fisico:

...

Torax: Normal **RUIDOS CARDIACOS RITMICOS SIN SOPLOS, RUIDOS RESPIRATORIOS SIN AGREGADOS, SIN SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA**

Abdomen: Normal PERISTALTISMO PRESENTE, BLANDO, DEPRESIBLE, DOLOR A LA PALPACION EN FOSA ILIACA DERECHA, NO PALPO MASAS NI MEGALIAS, SIN SIGNOS DE IRRITACION PERITONEAL

...

Análisis de Laboratorios e Imágenes Diagnósticas

Análisis: DX: 1. DOLOR ABDOMINAL EN ESTUDIO 2. GASTROENTERITIS CRONICA? 3. ANTECEDENTE DE APENDICECTOMIA

Diagnóstico

Principal (R104) OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS

Tipo Diagnóstico Confirmado Repetido

Plan de Manejo y Recomendaciones

Destino: OBSERVACION

Recomendaciones: LEV RANITIDINA METOCLOPRAMIDA SS PARACLINICOS REVALORACION CON RESULTADOS PARA DEFINIR CONDUCTA SE EXPLICA AL PACIENTE CONDICION CLINICA Y CONDUCTA MEDICA, ENTIENDE Y ACEPTA".³³ (Se resalta)

En la misma fecha, el médico tratante ordenó realizar los siguientes exámenes:

"(902207) **HEMOGRAMA I** [HEMOGLOBINA, HEMATOCRITO Y LEUCOGR (906914) PROTEINA C REACTIVA, PRUEBA SEMICUANTITATIVA (907106) UROANALISIS CON SEDIMENTO Y DENSIDAD URINARIA (907004) COPROSCÓPICO (118) (903867) TRANSAMINASA GLUTÁMICO OXALACÉTICA O ASPARTATO (903866) TRANSAMINASA GLUTÁMICO PIRÚVICA O ALANINO AMINO (903825) CREATININA EN SUERO, ORINA U OTROS (903864) SODIO (903859) POTASIO".³⁴

El examen denominado hemograma consiste en: "...un análisis de sangre. Se utiliza para examinar el estado general de salud y detectar una amplia variedad de afecciones, como anemia, **una infección** y leucemia"³⁵; leucocitosis es definido como: "un aumento en el número de glóbulos blancos (leucocitos) de más de 11000 células por microlitro de sangre (11 × 10⁹ por litro), está causada a menudo por una respuesta normal del organismo frente a algunos fármacos, como los corticosteroides, o bien para ayudar a combatir una infección".³⁶

³³ Pág. 27 AD "04" "CUADERNO1A"

³⁴ Pág. 28-29 AD "04" "CUADERNO1A"

³⁵ <https://www.mayoclinic.org/es/tests-procedures/complete-blood-count/about/pac-20384919#:~:text=El%20hemograma%20completo%20es%20un,anemia%2C%20una%20infecci%C3%B3n%20y%20leucemia.>

³⁶ <https://www.msmanuals.com/es-co/hogar/trastornos-de-la-sangre/trastornos-de-los-gl%C3%B3bulos-blancos-leucocitos/introducci%C3%B3n-a-los-trastornos-de-los-gl%C3%B3bulos-blancos-leucocitos#:~:text=La%20leucocitosis%2C%20un%20aumento%20en,ayudar%20a%20combatir%20una%20infecci%C3%B3n.>

Con los resultados de los exámenes realizados, en la historia clínica se indicó:

*Fecha 2014-09-17 Hora 23:44:18 Profesional COCK ARBELAEZ ERIKA JOHANNA
Especialidad MEDICINA GENERAL*

Nota

REVALORO ACEINETE CON REPORTE DE PARACLINCOS **HEMOGRAMA LEUCOCITOS 414730 HB 11 HTO 31** PLAQUETAS 50900 NEUTROFILOS 77% CREA 0.74 TGO 90 TGP 114 PCR MENOR DE 6 NA 135 K 3.6 BT 0.6 BDIERCTA 0.4 INDIRECTA 0.2 FOSFATASA ALCALINA 316.7 AMILASA 64.7 ANTIGENO DE SUERFICIE PARA HEPATRRIRTIS B NEGATIVO. PACEINET TRANQUILO CON DOLOR ABDOMINAL A LA PLAMPACION LEVE **QUEIN PRESENTA LEUCOCITOIS** Y AUMENTO DE PRIEBAS DE FUNCOON HEPATICA, AFEBRIL QUIEN **REUQUIERE ECOGRAFIA ABDOMINAL TOTAL**, OR LO CUAL SE DEJA HOSPIT ALIZADO CON LEV NO VIA ORAL, SE DESCARTA HEATIRIS B , NO ICTERICIA NO PATRON COLESTASICO
ABSCESO HEPATICO???

Fecha: 17/09/2014 Hora: 15:53:11 Profesional: GALLEGO PALACIO FABIO NELSON

Nota

INGRESA PACIENTE AL SERVICIO DE URGENCIAS, PCIENTE CONCIENTE, ORINTADO , HIDRATADO , AFEBRIL, CON DX DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS DR DE TURNO ORDENA CANALIZAR CON 1500 CC DE SSN 0.9% BOLO Y TOMAR MUESTRAS PARA LABORATORIO , ORDEN DE TAC ABDOMINAL , QUEDA PENDIENTE SE CUMPLEN ORDENES MEDICAS QUEDA EN CUSTODIA DE GUSRDIANAES DEL IMPC". (Sic)

- El 18 de septiembre de 2014, el señor AGP fue valorado por el médico cirujano Santander Antonio Suárez Correa, quien emitió el diagnóstico de "(R104) OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS", lo anterior bajo la descripción del siguiente análisis:

"PACIENTE CON CUADRO DE DOLOR ABDOMINAL, AL EXAMEN FISICO NO SIGNOS DE IRRITACION PERITONEAL CON HEMOGRAMA CON LEVE LEUCOCITOSIS Y ENUTROFILIA, LEVE AUMENTO DE TRANSAMINASAS, LEVE AUMENTO DE TRANSAMINASAS, AUMENTO DE FOSFATASA ALCALINA, CON REPORTE DE ECOGRAFIA QUE EVIDENCIA IMAGEN HIPOECOICA SUBDIAFRAGMATICA IZQUIERDA EN RELACION A PROPABLE CAMARA GATSRICA O COLECCION, SE CONTINUA MANEJO INTRAHOSPITALARIO, SE SOLICITA TAC DE ABDOMEN SIMPLE PARA DEFINIR CONDUCTA".³⁷

- El 19 de septiembre de 2014, le fue practicado el TAC ABDOMINAL, del que se consignó en la historia clínica el siguiente análisis:

"...NO SIGNOS DE IRRTIACION PERITONEAL. ACTUALMENTE HEMODINAMICAMENTE ESTABLE. SE DESCARTA ABDOMEN QUIRURGICO EN EL MOMENTO. SS PARACLINICOS DE CONTROL. SE **INICIA METRONIDAZOL** EV. CONTINUA BAJO OBSERVACION MEDICA. CONTROL DE SIGNOS

³⁷ Pág. 32 Ibidem

VITALES".³⁸ (sic) (Se resalta)

- El 20 de septiembre de 2014 a las 12:38 horas, se indica: "*Análisis: PACIENTE ESTABLE, CON RESOLUCION DEL DOLOR, CON PARCLINIOS DONDE NO HAY LEUCCOCITOSIS, CREATININIA DE 0,74, SE DA ALTA MEDICA CON FORMULA AMBULATORIA Y SIGNOS DE ALARMAS*". (Se resalta)

De acuerdo con lo anterior, para la atención del 17 al 20 de septiembre de 2014, no se evidencia que el señor AGP presentara síntomas que fueran indicativos de estar cursando una endocarditis y si bien presentaba un proceso infeccioso -leucocitosis- ello fue tratado, por lo que se dio la alta médica.

Cabe resaltar además que, no fue aportada prueba pericial o testimonial por la parte actora que indicara que, de acuerdo a las condiciones de salud anotadas en la historia clínica, debían ser realizados un ecocardiograma y un hemocultivo; lo probado es que se realizaron los exámenes de ayuda diagnóstica que los médicos consideraron pertinentes, dados los signos que presentaba el paciente.

- El 30 de septiembre de 2014, el paciente es remitido nuevamente por el Inpec al Hospital San Félix de La Dorada, con diagnóstico de *gastroenteritis mas desnutrición grado II y desbalance electrolítico*³⁹.

En el Examen físico realizado en el Hospital se indica:

"Tórax: Normal RSCRS SIN SOPLOS, MV PRESENTE, SIN CREPITOS, SIN SIBILANCIAS.

Abdomen: Normal PERISTALTISMO AUDIBLE, BLANDO. SIN DOLOR A LA PALPACION, PUNTO APENDICULAR NO DOLOROSO, SIN BLOMBERG, SIN SIGNOS DE IRRITACION PERITONEAL".

Luego del examen físico el médico ordenó los siguientes exámenes.

*"(902207) HEMOGRAMA I [HEMOGLOBINA, HEMATOCRITO Y LEUCOCITOS]
(903856) NITROGENO UREICO [BUN]
(903825) CREATININA EN SUERO, ORINA U OTROS
(906249) VIH 1 Y 2, ANTICUERPOS (TEST ELISA)
(903841) GLUCOSA EN SUERO, LCR U OTRO FLUIDO DIFERENTE
(903864) SODIO
(903813) CLORO [CLORURO]
(903859) POTASIO
(906913) PROTEINA C REACTIVA, CUANTITATIVO DE ALTA PRECISIÓN
(901206) COPROCULTIVO
(907002) COPROLÓGICO
(907004) COPROSCÓPICO (118)".⁴⁰*

Con base en los resultados obtenidos, se deja la siguiente nota por el médico general:

³⁸ Pág. 33 Ibidem

³⁹ Pg. 145 AD "04" "CUADERNO1A"

⁴⁰ Pág. 45 AD "04" "CUADERNO1A"

"HGB 9 HCT 29 PLT 707000 WBC 19830 NEU 85% LINF 8% GLICEMIA 118 BUN 20 CR 0.9 NA 128 K 3.4 VIH NEG

ANALISIS: PTE QUIEN SE ENCUENTRA CON DHT G II CON HIPONATREMIA LEVE, SE DECIDE DEJAR EN OBSERVACION, LEV PENIDIENTE DE COPROESTUDIOS IDX GASTROENTERITIS INFECCIOSA".

- El 1 de octubre de 2014, el señor AGP fue dado de alta por presentar mejoría en su estado clínico, con la siguiente nota:

"PACIENTE EN QUIEN DURANTE HOSPITALIZACIÓN SE REALIZAN HIDRATACION CON LEV , CON LO CUAL PRESENTA MEJORIA FRANCA DEL CUADRO, EN EL MOMENTO AFEBRIL HEMODICNAMEN TE ESTABLE, NO SIRS, NO SIGNSO DE DES DHIDRATACION, DUIROS CARDIACOS RITMICOS SIN SOPLOS RESPIRATORIOS SIMETRICOS SIN AGREGADOS , ABDOM EN BLANDO DEPRESIBLE NO DOLROSO , CON IMPOSIBILIDAD DE REALIZACION DE COPROSCOPICO POR AUSENCIA D E DEPOSICIONES POR MAS DE 10 HORAS , DADO QUE PACIENTE ES DE DIFICIL ACCESO A CENTRO DE SALUD POR ES NCONTRARCE BAJO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO SE DECIDE CUBRIR EDA COMO PARASITOSIS Y EDA BACTERIANA. SE DAN REOCEMDAICONES Y SIGFNOS DE ALARMA".⁴¹ (Sic)

Según la historia clínica, una vez dado de alta el señor AGP, ingresó directamente al Área de Sanidad de la cárcel de La Dorada, dejándose al paciente en estado de observación, con anotación de enfermería: *"....encuentro paciente, en celda de sanidad, despierto alerta en aparentes buenas condicione generales"*.⁴² El 2 de octubre de 2014 el médico del área de sanidad de la cárcel, reportó el buen estado de salud del paciente razón por la cual ordenó el traslado al patio.

De lo relatado, no se evidencia que el señor AGP hasta la atención del 1º de octubre de 2014 presentara síntomas que fueran indicativos de estar cursando una *endocarditis*, porque no presentaba síntomas cardiacos o respiratorios propios de dicha afección.

- El 14 de octubre de 2014, el señor AGP ingreso al servicio de Sanidad del Inpec, por presentar: *"cuadro de tos seca de 8 dias...taquicardia y perdida de fuerza"*, se ordena realizar Electrocardiograma -EKG- pero el paciente *"insiste en irse a su patio"*; el 15 de octubre de 2014, el paciente es nuevamente valorado en el servicio de Sanidad del Inpec, indicándose como motivo de consulta *"me ahogo paciente quien es traído a sanidad con suignos de disnea, agregados con cuadro clínico de disnea adecuad diaforesis y mareo subjetivo con limitación para la marcha"* y es ordenada su remisión al Hospital San Félix.⁴³

Ya en el Hospital, el 15 de octubre de 2014 a las 11:24 es atendido por urgencias, señalando: *"Hallazgos Clínicos: TORAX RS CS RITMICOS TAQUICARDICOS RS RS CON DISMINUCION DE MURMULLO VESICULAR BILATERAL..."*, del examen físico de ingreso se reporta:

⁴¹ Pág. 46 Ibidem

⁴² Pág. 146 AD "01" "CUADERNO1A"

⁴³ Pág. 143 a 147 AD "01" "CUADERNO1A"

*Tórax: Normal RSCRS SIN SOPLOS, MV DISMINUIDO, **CON RONCUS Y ESTERTORES EN ACP**, NO USO DE MUSCULOS ACCESORIOS*

Abdomen: Normal BLANDO, DEPRESIBLE SIN MASAS NI MEGALIAS, DOLOROSO A LA PALPACION EN HCD, NO MURPHY, NO SIGNOS DE IRRITACION PERITONEAL

Se ordena realizar los siguientes procedimientos:

(902207) HEMOGRAMA I [HEMOGLOBINA, HEMATOCRITO Y LEUCOGR
(902204) ERITROSEDIMENTACION [VELOCIDAD SEDIMENTACION GL
(906914) PROTEINA C REACTIVA, PRUEBA SEMICUANTITATIVA
(903867) TRANSAMINASA GLUTÁMICO OXALACÉTICA O ASPARTATO
(903866) TRANSAMINASA GLUTÁMICO PIRÚVICA O ALANINO AMINO
(903809) BILIRRUBINAS TOTAL Y DIRECTA
(907106) UROANALISIS CON SEDIMENTO Y DENSIDAD URINARIA
(901107) COLORACION DE GRAM Y LECTURA PARA CUALQUIER MUE
(902045) TIEMPO DE PROTROMBINA [PT]
(902049) TIEMPO DE TROMBOPLASTINA PARCIAL [PTT]
(906317) Hepatitis B, ANTIGENO DE SUPERFICIE [Ag HBS] &
(906249) VIH 1 Y 2, ANTICUERPOS (TEST ELISA)
(903856) NITROGENO UREICO [BUN]
(903825) CREATININA EN SUERO, ORINA U OTROS

Además:

(871121) RADIOGRAFIA DE TORAX (PA O AP, LATERAL)
(895100) ELECTROCARDIOGRAMA DE RITMO O DE SUPERFICIE SOD

A las 15:22 horas, se registra:

Análisis de Laboratorios e Imágenes Diagnósticas

Análisis: REPORTE DE PARACLINICOS: SE TRATA DE UN PACIENTE EN LA CUARTA DECADA DE LA VIDA CON SINTOMAS CONSTITUCIONALES DESDE HACE APROXIMADAMENTE DOS MESES , PERDIDA DE PESO , CON LEUCOCITOSIS CON DESVIACION A LA IZQUIERDA. ANEMIA NORMOCITICA HIPOCROMICA, EN RADIOGRAFIA DE TORAX SE LOGRA EVIDENCIAR MULTIPLES INFILTRADOS EN AMBSO CAMPOS PULMONARES, SE CONSIDERA QUE EL PACIENTE ESTA EN SEPSIS DE ORIGEN PULMONAR CON SIGNOS DE RESPUESTA INFLAMATORIA. DX: SEPSIS DE ORIGEN A DETERMINAR NAC IIIA

Diagnóstico

Principal (A418) OTRAS SEPTICEMIAS ESPECIFICADAS

Rela 1 (J159) NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA..."

A las 18:31 horas se registra:

SS AMBULANCIA MEDICALIZADA
CHOQUE SEPTICO DE ORIGEN PULMONAR

NAC IIIA

MIOCARDIOPATIA DILATADA DE ORIGEN A DETERMINAR
FALLA CARDIACA DESCOMPENSADA

Y a las 23:05:00 se anota:

RECIBO LLAMADO DE REFERENCIA A LAS 22:48 PARA TRASLADO DE PACIENTE A UCI DE LA CELAD.

PACIENTE DE 32 AÑOS DE EDAD RECLUSO DEL INPEC CON CC DE 2 MESE SD EVOLUCION DE PERDIDA SUBJETIVA DE PESO APROX 20 KG, DISNEA PROGRESIVA HASTA SER DE PEQUEÑOS ESFUERZOS, FIEBRE SUBJETIVAS, AMLESTAR GENERAL, ASTENIA Y ADINAMIA, DIFICULTAD RESPIRATORIA, TOS CON EXPECTORACION.

AL INGRSO EN MALAS CONDICIOEN SGENERALES, ALERTA, CON SIGNSO DE DIFICULTAD RESPIRATROIA LEVE- MODERADA, QUE PROGRESARON EN LA ESTANCIA HOSPITALARIA, DIAFORETICO, CON SIGNOS VITALES TENDEIENTES A L A HIPOTENSION Y TAQUICARDIA SINUSAL, CON RUIDOS SOBREAGREGADOS PULMONARES, EDEMA DE MIEMBVROS I NFERIORES, ES VALORADO POR MEDICINA INTERNA QUIEN OPTIMIZA MANEJO, REALIZA DIAGNSOTICO DE NAC Y FCC DESCOMPENSADA, SOSPECHA DE TB, SEPSIS DE ORIGEN PULMONAR, SE INTUBA SIN COMPLICACIONES, SE DEJA CON SOSPRTE VASOPRESOR CON NORADRENALINA A 0.2 MCG/KG/MIN Y DOBUTAMINA A 5 MCG/KG/MIN POR TENDECIA A LA HIPOTENSION...".

De manera que, si bien es cierto en el fallo de primera instancia se echó de menos que al paciente -previo al 15 de octubre de 2014-, se le hubiese realizado un ecocardiograma y hemocultivo, lo cierto es que hasta antes de esa fecha, no existían elementos de juicio que permitieran afirmar la necesidad y obligatoriedad de dichas pruebas.

Adicionalmente, el médico Santander Antonio Suárez Correa afirmó que, no era posible determinar que el paciente padecía de una infección como la endocarditis, porque no presentaba síntomas cardiacos ni respiratorios; y el médico internista Elkin Farid Acosta Echavarría señaló que, el diagnóstico no es fácil, que además la evolución de esa enfermedad puede tardar tres o cuatro semanas; además que, los exámenes claves para diagnosticar la endocarditis son hemocultivos y ecocardiograma, sin embargo, explicó que dichas pruebas en las fases iniciales no sirven, porque las vegetaciones que se forman en las válvulas cardiacas no aparecen en las fases iniciales de la enfermedad, además los hemocultivos también van a dar negativos.

Los referidos testimonios son creíbles teniendo en cuenta la calidad de profesionales de la salud, acreditaron tener amplia capacidad y experiencia en la materia que es objeto de discusión, así mismo, sus conceptos fueron contestes y fueron debidamente fundamentados; además existe coincidencia entre lo declarado y la historia clínica aportada.

Si bien es cierto, en primera instancia el testimonio del señor Santander Antonio Suárez Correa fue tachado de sospechoso por la parte demandante, en razón a su vínculo laboral sostenido con la entidad demandante, el mismo no resulta sospechoso, dado que sus dichos estuvieron basados en su conocimiento como médico y que además lo declarado, resulta

coincidente en los aspectos científicos, en relación con las declaraciones de los otros especialistas declarantes.

Así las cosas, no cabe duda para la Sala que, el diagnóstico y el tratamiento aplicado por el personal médico del Hospital San Félix de La Dorada fue el adecuado para los signos que presentaba el paciente, ello por cuanto en un primer momento de la atención, no habían signos de su enfermedad, no obstante, se procuró la recuperación del paciente empleando las ayudas diagnósticas necesarias y siendo valorado por los especialistas con los que contaba.

Además, contrario a lo señalado en el fallo de primera instancia, no existían elementos para considerar que el personal médico del Hospital San Félix debía realizar con anterioridad a la atención del 15 de octubre de 2014, los exámenes de ecocardiograma y hemocultivo.

De modo que, no es posible atribuir responsabilidad al Hospital San Félix de La Dorada, por cuanto la conducta asumida por el personal médico, se demostró justificada y ajustada a las prácticas médicas, teniendo en cuenta los síntomas que en su momento presentó el paciente.

Por último se resalta que, correspondía a la parte demandante demostrar que el daño tuvo causa en el actuar culposo y negligente de la entidad demandada⁴⁴, *“en virtud de lo previsto en el artículo 167 Código General del Proceso, según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho en el que sustentan las pretensiones”*⁴⁵ carga que no cumplió.

2.5. Conclusión

El daño consistente en el fallecimiento del señor AGP, o bien en la pérdida de oportunidad de recuperar la salud y recibir el tratamiento adecuado, no es imputable al Inpec, por cuanto se acreditó que prestó los servicios de salud de forma oportuna, de calidad y de acuerdo con el nivel primario de atención, de manera que no puede predicarse que la entidad omitió sus deberes de garantizar la oportuna atención y tratamiento médico al interno.

Tampoco se puede atribuir responsabilidad a la ESE Hospital San Félix de la Dorada, por cuanto la conducta asumida por el personal médico, se demostró justificada y ajustada a las prácticas médicas teniendo en cuenta los síntomas que en su momento presentó el paciente.

Derivado de lo anterior, tampoco hay lugar a atribuir responsabilidad EPS-S Caprecom (Hoy Par Caprecom Liquidado), quien fue llamada en garantía por el Inpec con fundamento en que, para la fecha de los hechos, aquella era el encargado de prestar los servicios médicos a los internos a cargo del Inpec, en virtud de la relación contractual suscrita entre ambas entidades.

Por lo tanto, al no encontrarse acreditados todos los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, deberá revocarse el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar probadas las excepciones de *“Inexistencia de responsabilidad del Inpec con relación al*

⁴⁴ Sección Tercera, Consejero Ponente Guillermo Sánchez Luque, radicado 05001-23-31-000-2002-00385-01 (39132).

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2023. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00392-01 (59620)

daño antijurídico, inexistencia de omisión por parte del Inpec” e “Inexistencia del nexo de causalidad entre el daño antijurídico fallecimiento del señor Alexander Giraldo Parra y la presunta falla del servicio de los funcionarios pertenecientes al instituto nacional penitenciario y carcelario Inpec”, propuestas por el Inpec; así como las excepciones denominadas “Ausencia en la falla del servicio”; “Inexistencia de nexo causal” y “Manejo adecuado de la lex artis”, propuestas por la ESE Hospital San Félix de la Dorada, y las denominadas “Prestación eficiente, oportuna, diligente, idónea y perita del servicio de salud por parte de Caprecom EPS-S”; “Ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada”; “Inexistencia de la obligación” y “Cumplimiento de las obligaciones legales por parte de Caprecom para con sus afiliados”, propuestas por PAR Caprecom Liquidado y negar las pretensiones de la parte actora.

Así mismo, teniendo en cuenta la decisión antecedente, no se hace necesario analizar los demás argumentos y cargos de apelación.

3. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, que 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”;* y el artículo 365 del CGP y teniendo en cuenta que la sentencia es revocada y en su lugar se declararan probadas algunas excepciones formuladas, y se negarán las pretensiones de la demanda, se condenará en costas de primera instancia a la parte demandante y a favor de las demandadas y la llamada en garantía, por estar acreditado que estas acudieron al proceso a través de apoderados judiciales, quienes actuaron en todas las etapas procesales.

Por lo tanto, se fijan agencias en derecho **de primera instancia** por valor de 3% de la cuantía del asunto, a favor de las demandadas y la llamada en garantía en partes iguales, de conformidad con el artículo 5.1 del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, así como la duración del proceso, y la complejidad del asunto.

Por otro lado, no se condenará en costas de segunda instancia, toda vez que, no se encuentran causadas en esta instancia, además porque no hubo actuaciones adicionales a la interposición de recurso de apelación por las partes.

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,

SENTENCIA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formuló María Vitalia Parra López y otros contra el Inpec y otros.

Segundo: Declarar probadas las excepciones de *“Inexistencia de responsabilidad del Inpec con relación al daño antijurídico, inexistencia de omisión por parte del Inpec” e “Inexistencia del nexo de*

causalidad entre el daño antijurídico fallecimiento del señor Alexander Giraldo Parra y la presunta falla del servicio de los funcionarios pertenecientes al instituto nacional penitenciario y carcelario Inpec”, propuestas por el Inpec.

Tercero: Declarar probadas las excepciones de “Ausencia en la falla del servicio”; “Inexistencia de nexo causal” y “Manejo adecuado de la *lex artis*”, propuestas por la ESE Hospital San Félix de la Dorada.

Cuarto: Declarar probadas las excepciones de “Prestación eficiente, oportuna, diligente, idónea y perita del servicio de salud por parte de Caprecom EPS-S”; “Ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada”; “Inexistencia de la obligación” y “Cumplimiento de las obligaciones legales por parte de Caprecom para con sus afiliados”, propuestas por PAR Caprecom Liquidado.

Quinto: Negar las pretensiones de la parte demandante.

Sexto: **Condenar en costas de primera** instancia a la parte actora y en favor de las demandadas y la llamada en garantía, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, conforme al artículo 365 y 366 del CGP. Se fijan agencias en derecho **de primera instancia** por valor de 3% de la cuantía del asunto en favor de las demandadas y la llamada, que se distribuirá en garantía en partes iguales.

Séptimo: Sin costas en esta instancia.

Octavo: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 61 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. 234

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-006-2018-00308-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Margarita de Jesús Martínez Medina
Demandado: Unidad Administrativa De Gestión Pensional - UGPP

Se decide el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 020342 del 27 de junio de 2014, RDP 024378 del 06 de agosto de 2014, ADP 002794 del 1 de abril de 2015 y el Auto ADP 003918 del 30 de mayo de 2017 por los cuales se negó la solicitud de reconocimiento y pago de sustitución pensional que le fue asignada en vida al señor Bernardo Bravo Henao.

A título de restablecimiento del derecho se ordene a la UGPP reconozca, liquide y pague, en favor de la demandante, la sustitución pensional del señor Bernardo Bravo Henao, así mismo, se ordene a la UGPP reconozca y pague los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas causadas a partir del 05 de marzo de 2014 hasta la fecha del pago.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señaló que, mediante Resolución 15921 del 25 de noviembre de 1987 la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, reconoció la pensión de jubilación al señor Bernardo Bravo Henao (en adelante el causante), por haber laborado más de 20 años en el sector público.

Que la señora Margarita de Jesús Martínez de Medina (en adelante MJMM) contrajo matrimonio con el causante el 27 de febrero de 2008, quien falleció el 5 de marzo de 2014.

Que la señora MJMM solicitó le fuera sustituida la pensión que devengó el causante, la cual fue negada por la UGPP a través de la Resolución RDP 020342 del 27 de junio de 2014, por no haberse acreditado la convivencia mínima. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación el cual fue resuelto negativamente a través de la resolución RDP 024378 del 06 de agosto de 2014.

Que la UGPP mediante auto ADP 002794 del 1 de abril de 2015, indicó que el causante había contraído matrimonio con la señora Rosa Mercedes Ospina García, sin que existiera solución de la sociedad conyugal.

Señaló que la señora MJMM el 29 de marzo de 2017, nuevamente solicitó la sustitución pensional, la cual fue negada por la UGPP a través de auto ADP 003928 del 30 de mayo de 2017 y con ello procedió al archivo de todas las actuaciones administrativas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Indicó como vulnerados, los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Expuso que, es la beneficiaria de la pensión de su esposo el señor Bernardo Bravo Henao toda vez que convivió con él durante los últimos 5 años de vida, de manera ininterrumpida, bajo mutua ayuda y protecciones debidas.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La **UGPP** se opuso a las pretensiones de la demandante, aceptó como ciertos los hechos referentes a los actos por los cuales fue reconocida la pensión por jubilación del señor Bernardo Bravo Henao, así mismo los referentes a los actos por los cuales se negó la solicitud de la demandante.

Expuso que, no se confirmó la convivencia entre el señor Bernardo Bravo Henao y la señora Margarita de Jesús Martínez Medina durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, por lo tanto, no resultó procedente reconocimiento alguno a la demandante, lo anterior de acuerdo con el informe investigativo 4527 de 2014.

Con fundamento en lo anterior formuló la excepción de: *“PROCEDER LEGAL DE LA ENTIDAD DEMANDADA”* y *“BUENA FE”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad de las Resoluciones i) RDP 020342 del 27 de junio de 2014, ii) RDP 024378 del 06 de agosto de 2014, iii) ADP 02794 del primero de abril de 2015 y iv) el acto ADO 003928 del 30 de mayo de 2017 expedidas por la UGPP por las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de sobrevivientes a la accionante.

Para ello señaló que, *“...durante el procedimiento administrativo iniciado a raíz de su solicitud de pensión de sobreviviente se presentaron dudas sobre el derecho que le asistía a la señora Margarita de Jesús Martínez, lo cierto es que con las pruebas allegadas y debatidas en este proceso, y aunado a la pasividad probatoria de la entidad demanda, no se encuentra fundamento para denegar dicho reconocimiento al quedar en evidencia que si hubo convivencia de la pareja durante el tiempo exigido por la norma, es decir, durante los 5 años anteriores al fallecimiento del causante”*¹.

Concluyó que, la demandante estuvo casada con el señor Bernardo Bravo Henao desde el 27 de febrero de 2008, hasta que este falleció el 5 de marzo de 2014 y que además la pareja convivió no menos de cinco años continuos con anterioridad a la muerte del causante.

¹ Pág. 20 AD “46”

Aunando a lo anterior, encontró probada la excepción de prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de junio de 2015, toda vez que, transcurrieron más de tres años entre la petición de reconocimiento pensional (2 de abril de 2014) y la presentación de la demanda (22 de junio de 2018).

4. Apelación

La **UGPP** solicitó revocar el fallo toda vez que, de conformidad con las pruebas aportadas en el proceso así como en sede administrativa, al igual que los lineamientos normativos y jurisprudenciales, no existe certeza acerca de la relación entre el causante y la señora Margarita de Jesús Martínez Medina; y ante los cuestionamientos frente a tal relación, considera que es claro que no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los términos planteados en contra de las resoluciones acusadas.

Expuso que, existen inconsistencias en cuanto a la convivencia sostenida entre el causante y la parte actora en razón a los constantes viajes y estadías de esta última a la ciudad de Medellín, donde al parecer este era su lugar de residencia, por lo que no se cumplen los parámetros establecidos por la Ley para el reconocimiento pensional invocado, por lo cual se debió negar las súplicas de la demanda.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la demanda y su contestación, el asunto se centra en establecer: *¿Le asiste el derecho a la señora Margarita de Jesús Martínez Medina al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión percibida por el causante Bernardo Bravo Henao?*

Al respecto, la Sala realizará el estudio de los siguientes tópicos: i) marco jurídico; ii) los hechos probados y iii) el caso concreto.

2. Marco jurídico

Conforme con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

En este sentido, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó a las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

El Consejo de Estado² ha aclarado que, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la pensión de sobrevivientes es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión³.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴, ha señalado que la normativa aplicable a la pensión de sobreviviente es la vigente al momento del deceso, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señala que la cónyuge o compañera parmente tendrá derecho a la sustitución pensional, así:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...)”

La Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014 en los siguientes términos:

Beneficiario	Causante	Modalidad	Condiciones
Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Temporal -20 años-	No haber procreado hijos con el causante.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.
Compañero permanente	Pensionado	Cuota parte	Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir
Cónyuge y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.
Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de febrero de 2019, expediente 0161-17, magistrado ponente: Gabriel Valbuena Hernández.
3 Sentencia T-564 de 2015.
4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de abril de 2013, expediente 1605-09, magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

En línea con los requisitos que establece la normativa en cita, en lo que respecta a la denominada “*vida marital*” o “*convivencia*” resulta pertinente traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2012⁵:

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

3. Lo probado en el proceso

- A través de la Resolución 15921 del 26 de noviembre de 1997 Cajanal se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Bernardo Bravo Henao.⁶

- De acuerdo con Registro Civil de Matrimonio el señor Bernardo Bravo Henao y la señora Margarita de Jesús Martínez Medina -MJMM- contrajeron matrimonio civil el 27 de febrero de 2008.⁷

- Conforme al Certificado de Defunción, el señor Bernardo Bravo Henao falleció el 05 de marzo de 2014.⁸

- De acuerdo con la Resolución RDP020342 del 27 de junio de 2014⁹ la UGPP negó el reconocimiento y pago de sustitución pensional a la señora MJMM, la cual solicitó con ocasión al fallecimiento del señor Bernardo Bravo Henao, argumentando que: “... *con las declaraciones extrajuicio allegadas por la peticoiitaria y las obrantes en el expediente se establece que se desvirtua la convivencia continua de la peticionaria con el causante, generando inconsistencias por lo no es procedente el reconocimiento de la prestación a la interesada, por cuanto no demostró el cumplimiento del requisito de convivencia de que trata la norma pretranscrita.*” (sic)

- Por medio de Resolución RDP 024378 del 06 de agosto de 2014 la UGPP resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución RDP 20342 de 2014, resolviendo confirmar la decisión¹⁰ y por medio de Resolución ADP 002794 del 1º de abril de 2015 ordenó el archivo del expediente.¹¹

- Dentro del presente trámite judicial se recibió el testimonio de Luz Marina de Jesús Bravo Martínez, Myriam Cristina Bravo Martínez, Gloria Inés Bravo Martínez y Silvio Zuluaga

5 Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

⁶ Pág. 9-12 AD “04”

⁷ Pág. 15-16 *Ibidem*.

⁸ Pág. 19 *Ibidem*.

⁹ Expediente digital: “08EscritoSusanacion”, fls. 09-12.

¹⁰ *Ibidem*. fls. 13-15.

¹¹ *Ibidem*, fls. 16-27.

Zuluaga, quienes declararon sobre la convivencia entre el causante y la señora MJMM.¹²

-. Por medio de Resolución ADP 002794 del primero de abril de 2015 la UGPP, negó la solicitud de sustitución pensional a la señora MJMM.¹³

-. De acuerdo con el auto ADP003928 del 30 de mayo de 2017 expedido por la UGPP, se advierte que la señora MJMM el 29 de marzo de 2017, nuevamente solicitó la sustitución pensional, la cual fue negada a través del referido acto.¹⁴

4. Análisis sustancial del caso concreto

El fallo de primera instancia consideró que, los actos demandados eran nulos, señalando que la señora MJMM convivió no menos de 5 años con anterioridad a la muerte del causante, ello con base en los testimonio practicados, que refirieron a cerca del vínculo marital existente entre la demandante y el causante, quienes aseguraron que vivieron en la misma casa y compartían vida marital; aunado al registro civil de matrimonio que daba cuenta del vínculo civil que existió entre ambos.

La UGPP en el recurso de apelación señaló que, no existe certeza acerca de la relación entre el causante y la señora MJMM y ante los cuestionamientos frente a tal relación, considera que es claro que no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Recalcó que, existen inconsistencias en cuanto a la convivencia sostenida entre el causante y la parte actora en razón a los constantes viajes y estadías de esta última a la ciudad de Medellín, donde al parecer este era su lugar de residencia.

La Sala, de acuerdo al marco jurídico previamente expuesto, resalta que, el numeral a del artículo 47 de la Ley 100 de 1992 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se contempla como beneficiario de la pensión de sobrevivientes, al cónyuge, compañera permanente o supérstite siempre y cuando: ***(i) a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.***

En el caso concreto, se demostró que los señores MJMM y el señor BBH contrajeron matrimonio el 27 de febrero de 2008⁷, ello según el Registro Civil de Matrimonio aportado.

Sobre la convivencia entre ellos, se arrimaron al trámite administrativo y al proceso, declaraciones extrajuicio, las cuales son coincidentes en señalar que los señores MJMM y BBH, contrajeron matrimonio desde el 27 de febrero de 2008 vinculo que duró hasta el 5 de marzo de 2014 cuando falleció el señor Bravo, así:

-. En declaración extrajuicio efectuada en la Notaría Segunda del Círculo de Manizales, Miriam Cristina Bravo Martínez y Bernardo Alberto Bravo Martínez indicaron que:

“...Declaro que mi padre el señor BERNARDO BRAVO HENAO quien se identificó en vida con la cedula de ciudadanía número 1.197.165, y hago constar que fue casado por matrimonio

12 AD “35”

13 Pág. 428-434 AD “C02ExpedienteAdministrativo”

14 Pág. 435-437 AD “C02ExpedienteAdministrativo”

civil con la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ BRAVO identificada con cédula de ciudadanía número 21.254.401 expedida en Medellín, el 27 de febrero del año 2008. TERCERO: Igualmente declaro que mi padre el señor BERNARDO BRAVO HENAO y la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ BRAVO, convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento el 05 de marzo de 2014...”.¹⁵

- De acuerdo a la declaración extrajuicio efectuada en la Notaría Segunda del Círculo de Manizales por Gloria Inés Bravo Martínez y Margarita Cecilia Bravo Martínez indicando:

“...Declaro que mi padre el señor BERNARDO BRAVO HENAO quien se identificó en vida con la cedula de ciudadanía número 1.197.165, y hago constar que fue casado por matrimonio civil con la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ BRAVO identificada con cédula de ciudadanía número 21.254.401 expedida en Medellín, el día 27 del mes de febrero del año 2008. TERCERO: Igualmente declaro que mi padre el señor BERNARDO BRAVO HENAO y la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ BRAVO, convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento el 05 de marzo de 2014...”.¹⁶

- En declaración extrajuicio efectuada en la Notaría Segunda de Manizales, Luz Marina de Jesús Bravo Martínez y María Teresa de Jesús Bravo Martínez indicando:

“...Declaro que mi padre el señor BERNARDO BRAVO HENAO quien se identificó en vida con la cedula de ciudadanía número 1.197.165, y hago constar que fue casado por matrimonio civil con la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ BRAVO identificada con cédula de ciudadanía número 21.254.401 expedida en Medellín, el 27 de febrero del año 2008. TERCERO: Igualmente declaro que mi padre el señor BERNARDO BRAVO HENAO y la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ BRAVO, convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento el 05 de marzo de 2014...”.¹⁷

- En declaración extrajuicio efectuada en la Notaría Segunda de Manizales, Silvio Zuluaga Zuluaga y Paula Marcela Restrepo López señalaron:

“...Declaro que hace diez (10) años, en razón de amistad, conocí a la señora MARGARITA MARTÍNEZ identificada con cédula de ciudadanía No 21 .254.401 por tanto, me consta que desde el día 27 de febrero de 2008 fue casada por matrimonio civil con el señor BERNARDO BRAVO HENAO quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 1.197.165. TERCERO: Manifiesto que la señora MARGARITA MARTÍNEZ y el señor BERNARDO BRAVO HENAO convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento”.¹⁸

- En declaración extrajuicio efectuada en la Notaría Primera de Medellín, Juan Carlos López Ortega, Juan Felipe Gallego Orrego y Juan Felipe Tapias Suarez señalaron:

“Declaramos en este instrumento público y bajo la gravedad de juramento que: Conocemos de vista, trato y comunicación a la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ DE MEDINA, identificada con CC #21.254.4401, desde hace 20, 7 y 15 años respectivamente, por el conocimiento que de ella tenemos, sabemos y nos consta que desde el año 2008 vive en la ciudad de Manizales y nos consta que en el año 2008 contrajo matrimonio civil con el señor

¹⁵ Ibidem, fls. 35-37.

¹⁶ Ibidem, fls. 38-40.

¹⁷ Ibidem, fls. 41-43.

¹⁸ Ibidem, fls. 44-45.

BERNARDO BRAVO HENAO quien se identificó con CC # 1.197.165, con quien compartió techo, lecho y mesa de forma continua e ininterrumpida hasta el día de la muerte del señor BERNARDO ocurrida el 06 de Marzo del 2014...”.¹⁹

-. En declaración extrajuicio efectuada en la Notaría Primera de Medellín, Juan Carlos Mesa Arenas y José Eleazar Marín Roldan señalaron:

“Declaramos en este instrumento público y bajo la gravedad de juramento que: Conocemos de vista, trato y comunicación a la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ DE MEDINA, identificada con CC #21.254.4401, desde hace 10 años el primer testigo y desde hace 18 años el segundo testigo, por el conocimiento que de ella tenemos, sabemos y nos consta que desde el año 2008 vive en la ciudad de Manizales y nos consta que el día 27 de Febrero del año 2008 contrajo matrimonio civil con el señor BERNARDO BRAVO HENAO quien se identificó con CC # 1.197.165, con quien compartió techo, lecho y mesa de forma continua e ininterrumpida hasta el día de la muerte del señor BERNARDO ocurrida el 06 de Marzo del 2014, de cuya unión NO procrearon hijos y su ultimo domicilio era en la CALLE 9 #9-28 Barrio CHIPRE Manizales”.²⁰

-. En declaración extrajuicio efectuada en la Notaría Segunda de Manizales, José Gilmer López Morales y María Zuluaga Zuluaga afirmaron:

“Declaro que hace nueve (9) años, en razón de vecindad, conocí a la señora MARGARITA MARTÍNEZ identificada con cédula de ciudadanía No 21.254.401 por tanto me consta que desde el día 27 de febrero de 2008 fue casada por matrimonio civil con el señor BERNARDO BRAVO HENAO quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 1.197.165. TERCERO: Manifiesto que la señora MARGARITA MARTÍNEZ y el señor BERNARDO BRAVO HENAO convivieron juntos bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento”.²¹

Además, según la Resolución RDP 020342 del 27 de junio de 2014²², dentro del trámite administrativo se allegaron las declaraciones extrajuicio de las señoras Claudia López Duque y Rocío Romero Castro aportadas al trámite administrativo²³, quienes manifestaron conocer a la pareja conformada por MJMM y BBH y además señalaron que les constaban que eran esposos desde 2008, situación que les constaba porque eran vecinos de la pareja; así mismo, se aportó declaración extrajuicio de Carmen Celina Moreno Ramírez, quien señaló que le constaba la relación sostenida por la pareja, porque la señora Martínez era su vecina en la ciudad de Medellín y que le constaba la relación porque la señora Martínez le comentaba que tenía su esposo en Manizales.

Ahora bien, dentro del trámite administrativo también obra el informe Investigativo No. 4527/2.014 del 29 de mayo de 2014²⁴ elaborado por la firma CYZA, en el cual se señaló:

“3.5. Se procedió a tomar declaración a la señora CARMEN CELINA MORENO RAMIEREZ, cc. 21.570.839 de Bolívar, de 83 años de edad, de ocupación ama de casa, domiciliada en Medellín-Antioquia en la Calle 72C N° 1 - 20 Apto. 801, teléfono: 411 96 13, quien sobre el particular manifestó lo siguiente:

¹⁹ Ibidem, fls. 46-47.

²⁰ Ibidem, fls. 48.

²¹ Ibidem, fls. 52.

²² Por medio de la cual la UGPP negó la sustitución pensional a la demandante

²³ Ver pág 250 AD “C02ExpedienteAdministrativo”.

²⁴ Pág. 349-356 Ibidem.

"Yo conozco a Margarita hace tres años, cuando se pasó a vivir al apartamento ella me contaba que tenía su esposo en Manizales y a mí me costa que ella iba y venía, se estaba un mes, 15 días y mantenía así. Eso es lo que a mí me consta yo no lo conocí personalmente nunca lo vi aquí en el apartamento".

3.6. Continuando con las respectivas diligencias en el sector, se contactó al señor LUIS ENRIQUE MEDINA MARTÍNEZ, C.C. 71 .637.007 de Medellín, de 50 años de edad, domiciliado en Medellín- Antioquia, en la Carrera 72C No. 1-20 Apto. 301, teléfono: 411 9616, Comerciante, hijo de la solicitante, quien de manera libre y voluntaria se permitió declarar:

"Ellos empezaron a convivir con Bernardo hace muchos años en Manizales se casaron allá en Manizales, mi mama vive aqui conmigo hace tres años mantenía yendo y viniendo. Ellos no tuvieron hijos, cuando Bernardo falleció ella estaba en Manizales, las exequias fueron allá en Manizales".

...

4. RESULTADOS Y OBSERVACIONES

"4.1. En cuanto a lo allegado en la ciudad de Manizales, hay que decir que, inicialmente se obtuvieron los testimonios de vecinos del sector donde reside la hija del causante, quienes hicieron manifestación en el sentido de que si hubo convivencia entre causante y solicitante. Posteriormente y a efectos de corroborar lo conocido en las diligencias de verificación realizadas en la ciudad de Medellín, se procedió a realizar otras labores en el sector donde reside la hija del causante (misma de la solicitante, al menos en el papel), donde al averiguar con algunas personas, manifestaron saber que en esta vivienda residen varias personas, pero desconocen los detalles.

4.2. Las versiones rendidas en la ciudad de Medellín, por LUIS ENRIQUE MEDINA MARTÍNEZ, CARMEN CELINA MORENO RAMIREZ y LUIS EDUARDO HERRERA CARTAGENA, coinciden en afirmar que desde hace tres (3) años aproximadamente la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ DE MEDINA, vive en Medellín en el apartamento ubicado en la Carrera 72C No. 1.-20 Apto 301, con su hijo LUIS ENRIQUE MEDINA MARTÍNEZ, que ella mantenía yendo y viniendo a Manizales. Sin embargo, contradice lo expresado por el señor LUIS EDUARDO HERRERA CARTAGENA, portero del Edificio Manzanares, ubicado en esta dirección, quien manifiesta: "Yo sé que ella viajaba cada tres o seis meses de lo que yo me daba cuenta" agrega el señor LUIS EDUARDO, "que antes de vivir con su hijo la señora MARGARITA vivía con una hermana". Demuestra esto que la señora MARGARITA MARTÍNEZ, permanecía más tiempo en la ciudad de Medellín que en la ciudad de Manizales.

4.3. Se le pregunto a la señora MARGARITA MARTÍNEZ, el por qué vivía en una ciudad diferente a la del causante y primero manifestó que ella se mudó a la ciudad de Medellín recién falleció su cónyuge, pero se puso nerviosa cuando reiteradamente se le insistió que explicara detalladamente el porqué de la distancia, fue así como ella dijo que en su entrevista: "Yo vivo con mi hijo en este apartamento, pero vivo viajando constantemente a Manizales, y llevo más o menos tres años yendo y viniendo", Aparte de esto la solicitante indicó en su entrevista que contrajo matrimonio con el causante en el año 2006 y el Registro Civil de Matrimonio que aportó su sobrina registra que el Matrimonio fue celebrado el 27 de Febrero de 2008.

De lo anteriormente expuesto se infiere que NO HUBO UNA CONVIVENCIA de manera

continúa entre el causante y la solicitante, pues, queda claro que la señora MARGARITA DE JESÚS MARTÍNEZ DE MEDINA, hace 3 años reside en la ciudad de Medellín y solo eventualmente va a la ciudad de Manizales”.

La UGPP en la Resolución RDP 020342 del 27 de junio de 2014 resolvió: “...de conformidad con las declaraciones extrajuicio allegadas por la peticionaria y las obrantes en el expediente se establece que se desvirtúa la convivencia continua de la peticionaria con el causante, generando inconsistencias por lo no es procedente el reconocimiento de la prestación a la interesada, por cuanto no demostró el cumplimiento del requisito de convivencia de que trata la norma pretranscrita”.²⁵ (sic)

Para la Sala, del contraste de las referidas declaraciones extraprocesales que sirvieron de base para negar el reconocimiento de la sustitución pensional y del referido Informe Investigativo encuentra que, si bien este plantea dudas sobre la convivencia de la pareja, no es suficiente para desvirtuar la real existencia de la convivencia por las siguientes razones:

La declarante Carmen Celina Moreno Ramírez manifestó ser vecina de la señora Martínez en la ciudad de Medellín, pero desde hacía 3 años, y que ella le contaba que tenía su esposo en Manizales, sin embargo fue clara en señalar que, la señora Martínez viajaba constantemente a la ciudad de Manizales.

Por otro lado, si bien el declarante Luis Enrique Medina Martínez señaló que, la señora Martínez vivía en Medellín desde hacía tres años, también declaró que aquella convivía con el señor Bravo desde hacía mucho tiempo y que mantenía “yendo y viniendo” entre ambas ciudades.

Sumado a todo ello, como se advirtió, al trámite administrativo se aportaron además, múltiples declaraciones extrajuicio que daban cuenta de la convivencia entre la pareja, las cuales no fueron valoradas, ni tenidas en cuenta por la UGPP al momento de negar la petición de sustitución pensional.

Ahora bien, dentro del presente trámite judicial se recibió el testimonio de la señora Luz Marina de Jesús Bravo Martínez²⁶, quien manifestó ser la hija del señor BBH y afirmó bajo la gravedad del juramento ante el juzgado de primera instancia que, le constaba que su padre se casó con la señora MJMM en febrero de 2008, matrimonió que perduró hasta el 2014 cuando falleció el señor Bravo; que la pareja vivía en la Calle 8 #9-28 en Chipre (Manizales), que ello le constaba, por cuanto la testigo convivía con la pareja en la dirección señalada. Sobre los viajes de la señora Martínez a la ciudad de Medellín, explicó que la señora MJMM “iba y venía” a visitar a los hijos en Medellín y el resto del tiempo permanecía en Manizales con su esposo.

Declaró además la señora Myriam Cristina Bravo Martínez, quien manifestó ser hija del señor BBH y afirmó bajo la gravedad del juramento que supo que su padre se casó con la señora MJMM en 2008, que ello le constaba porque su padre se lo dijo, sin embargo manifestó que para esa época (la testigo) se había ido a vivir a Estados Unidos; afirmó que la pareja vivió en la Calle 8 # 9-28 del barrio Chipre de Manizales, que la relación como cualquier pareja de esposos. Así mismo señaló que le constaba que la señora MJMM viajaba a la ciudad de Medellín a visitar a sus hijos, por lapsos no superiores a 15 días y luego volvía con su padre.

²⁵ Pág. 250 AD “C02ExpedienteAdministrativo”

²⁶ Idem.

Se recibió declaración de la señora Gloria Inés Bravo Martínez, también hija del señor BBH, quien bajo la gravedad del juramento manifestó ante el despacho de primera instancia, que le consta que la señora MJMM y su padre contrajeron matrimonio en 2008, relatando la testigo que la relación que mantenían era como una pareja de esposos, con muestras de afecto que se tenían mutuamente, que además dormían en la misma habitación; señaló además que el señor Bravo era el encargado del sostenimiento del hogar.

También se recibió declaración ante el juzgado de primera instancia, del señor Silvio Zuluaga Zuluaga, quien manifestó conocer a la pareja conformada por los señores BBH y MJMM, dada la relación de vecino que tuvo con ellos, razón por la cual le constaba la relación que ellos sostuvieron desde 2008 cuando se casaron y hasta el fallecimiento del señor Bravo en 2014; señaló que mantuvieron una convivencia en su casa ubicada en la Carrera 8 No. 9-28 del barrio Chipre de Manizales. Manifestó que le constaba que la señora cada dos o tres meses viajaba a Medellín, lugar donde permanecía alrededor de tres días y regresaba a su domicilio.

Las anteriores declaraciones coinciden con la declaración de parte rendida por la señora MJMM quien señaló ante el despacho de primera instancia, que contrajo matrimonio con el señor Bravo en 2008, que vivían en la ciudad de Manizales hasta que el señor Bravo falleció en 2014, que el señor Bravo era quien solventaba económica los gastos del hogar.

Así, los relatos de los deponentes refirman las declaraciones rendidas en el trámite de solicitud de sustitución pensional, siendo contestes en señalar que la señora MJMM y el causante convivieron en la Carrera 8 No. 9-28 del barrio Chipre de Manizales; que la convivencia inició en 2008 cuando contrajeron matrimonio y hasta el fallecimiento del señor Bravo el 5 de marzo de 2014, que además el causante era el encargado de sufragar los gastos del hogar que tenía con la señora Martínez.

Si bien es cierto, a lo largo del trámite administrativo y el judicial incluso, la UGPP insiste en que existieron inconsistencia respecto a la convivencia sostenida entre la pareja, dado que la demandante realizaba constantes viajes a la ciudad de Medellín, lo cierto es que la Sala no encuentra ninguna prueba que acredite que ése era el lugar de residencia de la señora Martínez, ello, al margen que de las declaraciones rendidas ante el despacho de primera instancia y la misma declaración de parte, refieren que la demandante viaja a la ciudad de Medellín para compartir con sus hijos y por ello permanecía en esa ciudad mientras los visitaba.

Así, teniendo en cuenta las pruebas recaudadas, la Sala concluye que, la entidad demandada no aportó ninguna prueba que acredite que la convivencia entre la señora MJMM con su cónyuge, el señor Bravo, se hubiese visto interrumpida.

Sobre la interrupción de la convivencia, la Corte Constitucional²⁷ ha señalado lo siguiente:

“57.En todo caso, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han reconocido que estos requisitos pueden ser exceptuados por la configuración de justa causa. Por una parte, la Corte Constitucional ha señalado que la interrupción de la convivencia –vida marital o cohabitación– de los cónyuges o compañeros no implica,

²⁷ Sentencia SU-108 de 2020, M. P. Carlos Bernal Pulido

necesariamente, la pérdida del derecho. Así, desde la Sentencia T-787 de 2002, esta Corte ha reconocido que se debe considerar, según las pruebas disponibles y los argumentos esgrimidos durante el proceso, si la “interrupción de la convivencia o la no vida en común del causante y su cónyuge” podría estar justificada, por ejemplo, por motivos de salud. Además, si bien el caso resuelto en la Sentencia T-787 de 2002 refería a una prestación causada en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993, dicho razonamiento ha sido reiterado por otras providencias que resolvieron sobre el efecto de la interrupción de la convivencia, pero en vigencia del artículo 47 modificado por la Ley 797 de 2003. Así, bajo ambos regímenes normativos se ha entendido que la falta de convivencia entre el causante y el cónyuge o compañero puede llegar a estar justificada y que, por lo tanto, es “necesario hacer una evaluación de las circunstancias concretas en cada caso”.

De manera que, en el caso concreto, los viajes de la señora MJMM a la ciudad de Medellín, no pueden tenerse como interrupciones de la convivencia con su cónyuge, dado que, lo demostrado indica que se trataban de viajes propios de las relaciones familiares que sostenía con sus hijos y no del abandono del hogar que tenía conformado con su cónyuge el señor Bravo.

En este orden, tanto la prueba documental como la testimonial aportada, llevan a la Sala al convencimiento de que se encuentra acreditada la convivencia de la señora MJMM con el causante, como cónyuges desde el 27 de febrero de 2008 hasta el 5 de marzo de 2014, fecha de su fallecimiento, esto es, por cerca de 6 años, sin que se haya acreditado algún tipo de interrupción y por ende, no se trató de una convivencia casual, circunstancial, incidental, ocasional, esporádica o accidental de última hora, con la intención de acceder a la pensión de sobrevivientes de quien está a punto de fallecer.

5. Conclusión

Por lo tanto se concluye que, la demandante cumple con los requisitos contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para ser beneficiaria de la sustitución de la pensión que otrora devengaba el señor Bernardo Bravo Henao. Por las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

6. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y teniendo en cuenta que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”. Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite no se observa que se hayan causado, y que las pretensiones de la demandante estaban basadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente para ese momento, esta Sala no condenará en condena en costas a la parte vencida.

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

FALLA

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 2 de agosto de 2023 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Margarita de Jesús Martínez Medina contra la Unidad Administrativa de

Gestión Pensional - UGPP.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 61 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

A. de Sustanciación: 172-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Reparación Directa
No. Radicación: **17-001-33-33-004-2018-00351-02**
Demandante: Ancizar Mejía Cárdenas
Demandado: Nación-Rama Judicial

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 5 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 6 de junio de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación el 26 de junio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the name of the official.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A. de Sustanciación: 173-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2019-00097-02
Demandante: Ana Luisa Botero
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 30 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 4 de julio de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación el 18 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes that form a stylized representation of the name Dohor Edwin Varón Vivas.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17001-33-39-005-2019-00118-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 472

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **EJECUTIVO** promovido por el señor **FRANCISCO LUIS HERNÁNDEZ RAMÍREZ** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Realizado el examen preliminar, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, habrá de admitirse el recurso de segundo grado, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, normas aplicables a este juicio de ejecución en virtud de lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en auto de unificación proferido el 12 de septiembre de 2023 (Ex. 11001031500020230085700).

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **EJECUTIVO** promovido por el señor **FRANCISCO LUIS HERNÁNDEZ RAMÍREZ** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

¹ Ley 1437 de 2011.

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

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

A. de Sustanciación: 171-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: **17-001-33-33-008-2020-00186-02**
Demandante: María Andrea Gallego
Demandado: Hospital San Félix

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 23 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 28 de junio de 2023.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 11 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the name of the official.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A. de Sustanciación: 168-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-002-2020-00298-02
Demandante: Diana Esperanza Carmona
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de julio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 21 de julio de 2023.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 1 de agosto de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A. de Sustanciación: 170-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Ejecutivo
No. Radicación: 17-001-33-33-002-2021-00026-02
Demandante: Computar SAS
Demandado: Instituto de Cultura y
Turismo

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 25 de julio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 27 de julio de 2023.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 28 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 282

Radicado	17-001-33-39-008-2021-00082-02
Clase	Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante	Luis Alejandro Rico Valbuena y otros
Accionados	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 3 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. Antecedentes

Mediante auto del 3 de noviembre de 2022, el a quo resolvió rechazar la demanda con fundamento en lo siguiente:

“En el presente caso, se tiene que tanto para la fecha de presentación de la demanda “13 de abril de 2021” como para la fecha de radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial “24 de febrero de 2021” se encontraba ampliamente superado el término de caducidad de cuatro meses señalado en la norma transcrita, por cuanto el acto administrativo demandado¹ fue notificado el 17 de septiembre de 2020, de acuerdo con la constancia allegada por la entidad accionada, razón por la cual habrá de rechazarse la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de nulidad de la Resolución No. 02635 del 28 de octubre de 2020, por medio de la cual el Director General de la Policía Nacional ejecutó la sanción disciplinaria impuesta a los demandantes en cumplimiento del fallo disciplinario, el Despacho advierte que no es demandable ante esta jurisdicción, pues, aun cuando fue expedida dentro del trámite disciplinario que se surtió en contra de los mismos, lo cierto es que dicho acto no decide de manera directa o indirecta el asunto, es decir, no crea, modifica o extingue su situación jurídica; lo que conlleva a colegir que en el sub júdice el litigio no se puede contraer al estudio de legalidad de la aludida resolución, por tratarse de un acto de ejecución.”

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el auto ya referido, al estimar que,

¹ Fallo disciplinario de segunda instancia.

“efectivamente el fallo de segunda instancia se profirió el primero (01) de septiembre de 2020, cuya respectiva notificación se llevó a cabo el diecisiete (17) de septiembre de 2020 y por medio de la Resolución No.02636 del veintiocho (28) de octubre de 2020 el Director General de la Policía Nacional ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a los patrulleros @ ANDRÉS GONZÁLEZ USMA y LUIS CARLOS ANDRADE FORERO, quienes son notificados el primero (01) de noviembre de 2021. Por otra parte según la Resolución No.02635 del mismo veintiocho (28) de octubre de 2020 el Director General de la Policía Nacional ejecuta la sanción disciplinaria impuesta al patrullero LUIS ALEJANDRO RICO VALBUENA, el cual es notificado el tres (03) de diciembre de 2021; siendo así, se toma en cuenta la primera notificación, la cual surgió el primero (01) de noviembre de 2021, a partir de allí se cuentan los términos establecido en el artículo 164 del CPACA- numeral 2 literal d; lo que quiere decir que se tenía hasta el primero (01) de marzo de 2021 para presentar la demanda, pero primero se debía presentar la conciliación extrajudicial para así agotar el requisito de procedibilidad; por lo cual, esta defensa se encontraba dentro de los términos para inicialmente solicitar la conciliación extrajudicial y de manera posterior presentar la demanda.

De allí que el Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativo en el Auto No. 229 en el acápite de resuelve indica que "PRIMERO: ADMITIR la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por LUIS ALEJANDRO RICO VALBUENA Y OTROS, el 24 de febrero de 2021... Así que es incorrecto afirmar que la conciliación extrajudicial fue presentada por fuera del tiempo establecido, ya que, si así hubiera sido, el señor procurador bajo su estudio riguroso no habría admitido la conciliación.

La conciliación extrajudicial se celebró el trece (13) de abril de 2021; así que si la conciliación cumple con todos los requisitos de ley tal como se indicó previamente y se concede el requisito de procedibilidad, no se tenía los argumentos suficientes y valederos para rechazar la demanda. [...] debo indicar que tal como reposa en expediente, esta defensa presentó la demanda el día trece (13) de abril de 2021, por lo cual me encontraba dentro de los términos legales para incoar el medio de acción aquí ventilado.”

II. Consideraciones de la Sala

1. De la caducidad del medio de control.

Ciertamente, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está contemplado en el literal d) del numeral 2° del artículo 164 del C.P.A.C.A., a cuyo tenor literal:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales (...).”

La parte demandante pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Que se declare la nulidad del fallo de primera instancia de fecha 8 de marzo de 2020, proferido por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Metropolitana de Manizales, bajo el radico MEMAZ-2018- 12, mediante el cual se impuso sanción disciplinaria a los señores Patrulleros® Luis Alejandro Rico Valbuena, Cristian Andrés González Usma y Luis Carlos Andrade; y en consecuencia, se les destituyó del cargo e inhabilitó para ejercer funciones públicas.
- Que se declare la nulidad del fallo de segunda Instancia de fecha 1 de septiembre de 2020, proferido por la Inspección Delegada para la Policía Nacional Región No. 3, dentro de la investigación disciplinaria No. MEMAZ-2018-12, mediante el cual resolvió recurso de apelación contra el fallo de primera instancia anteriormente citado.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 02635 del 28 de octubre de 2020, por medio del cual el Director General de la Policía Nacional ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un Patrullero de la Policía Nacional en cumplimiento de un fallo disciplinario, con destitución e inhabilidad general de quince (15) años para el señor Patrullero Luis Alejandro Rico Valbuena.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 02636 del 28 de octubre de 2020, por medio del cual el Director General de la Policía Nacional ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a unos Patrulleros de la Policía Nacional en cumplimiento de un fallo disciplinario, con destitución e inhabilidad general de diez (10) años para los señores Patrulleros Cristián Andrés González Usma y Luis Carlos Andrade Forero.

De conformidad con la constancia allegada al proceso por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Manizales, el fallo disciplinario de segunda instancia fue notificado a los sancionados el **17 de septiembre de 2020**.

La Resolución No. 02635 del 28 de octubre de 2020, por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un patrullero retirado de la Policía Nacional, fue notificada por aviso al Patrullero® Luis Alejandro Rico Valbuena. /Archivo 003/

La Resolución No. 02636 del 28 de octubre de 2020, por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un personal de la Policía Nacional, fue notificada personalmente al Patrullero Luis Carlos Andrade Forero el 1 de noviembre de 2020 y por aviso al Patrullero Cristián Andrés González Usma, el 30 de noviembre de 2020. /Archivo 003/

Ahora bien, sobre el término de caducidad cuando se trata de actos sancionatorios, el Consejo de Estado² ha considerado lo siguiente:

La Sección Segunda de esta Corporación¹⁰, mediante sentencia de unificación, precisó que, en materia disciplinaria, cuando se discutan sanciones que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio, la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se cuenta a partir de la ejecución de la sanción impuesta, siempre y cuando exista la necesidad de proferir un acto de esa naturaleza. En tal sentido precisó:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00121-00(0527-12)

En definitiva, es claro que en aquellos casos en los que haya sido emitido un acto ejecutando una sanción disciplinaria de retiro temporal o definitivo del servicio, y éste **materialice la situación laboral del servidor público**, debe preferirse la interpretación según la cual el término de caducidad de la acción contenciosa debe computarse a partir del acto de ejecución, en la medida en que ésta constituye una garantía para el administrado y una forma de facilitar el control de los actos de la administración.

Distinto ocurre cuando no se presenta el escenario antes descrito, esto es, cuando o bien no existe un acto que ejecute la sanción disciplinaria de retiro del servicio, o **cuando dicho acto no tiene relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral**, situaciones que impiden aplicar el criterio expuesto en esta providencia y frente a las cuales debe contarse el término de caducidad a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo disciplinario.

[...]

La anterior consideración se justifica por cuanto, como se afirmó en los acápites precedentes, solamente en aquellos casos en los que el acto de ejecución tiene incidencia efectiva en la terminación de la relación laboral administrativa, puede afirmarse que dicho acto tiene relevancia frente al conteo del término de caducidad de las acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De acuerdo con el anterior criterio, en materia disciplinaria, el acto de ejecución es relevante para computar la caducidad del medio de control cuando: i) se controvierten sanciones disciplinarias que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio; ii) se haya emitido un acto de ejecución; y iii) el acto de ejecución materialice la suspensión o terminación de la relación laboral.

A su turno, esta Corporación ha precisado que el conteo de la caducidad puede comenzar a computarse a partir del día siguiente a la notificación del acto de ejecución «siempre que éste tenga incidencia efectiva en la terminación de la relación laboral»¹¹. Esta tesis es razonable en la medida en que hace efectivos los principios *pro homine* y *pro actione*; igualmente, es consonante con la naturaleza de los actos de ejecución en tanto plasman en el «mundo material o jurídico»¹² el contenido del acto que ejecutan, «dándole efectividad real y cierta»¹³.

A partir de lo anterior conviene entonces examinar la situación de cada demandante en aras de establecer si el acto de ejecución tiene alguna incidencia en el término de caducidad del medio de control, que haga variar la decisión adoptada en primera instancia. Veamos:

- En el caso del Patrullero Luis Alejandro Rico Valbuena se puede establecer que, el retiro del servicio se produjo con anterioridad a la expedición de los fallos disciplinarios y de la Resolución No. 02635 del 28 de octubre de 2020; esta última resolución, por lo tanto, no fue la que materializó la terminación de la relación laboral administrativa y así se desprende tanto de su parte considerativa como de su parte resolutive:

“Que mediante Resolución No. 136 del 27 de octubre de 2017, el señor Patrullero LUIS ALEJANDRO RICO VALBUENA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.033.754.730, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, por voluntad de la Dirección General.

Que el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía

Metropolitana de Manizales (E), mediante fallo disciplinario de primera instancia de fecha 08 de marzo de 2020, Investigación Disciplinaria No. MEMAZ-2018-12, impuso el correctivo disciplinario de Destitución e Inhabilidad General por el término de quince (15) años, al señor Patrullero (R) LUIS ALEJANDRO RICO VALBUENA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.033.754.730.

Que mediante providencia que resuelve el recurso de apelación de fecha 01 de septiembre de 2020, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada al no proceder recurso alguno, el Inspector Delegado Región de Policía No. 3 (E), confirma el fallo de primera instancia de fecha 08 de marzo de 2020, suscrito por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Manizales (E), imponiendo el correctivo disciplinario de Destitución e Inhabilidad General por el término de quince (15) años, al señor Patrullero (R) LUIS ALEJANDRO RICO VALBUENA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.033.754.730.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 42 numeral 2º de la Ley 1015 de 2006, corresponde al Director General de la Policía Nacional de Colombia, la ejecución de la sanción impuesta.

Que por encontrarse retirado del servicio activo de la Policía Nacional, se debe dar aplicación a lo establecido en el Artículo 72 de la Ley 734 de 2002, registrando la sanción de Destitución impuesta en la respectiva Hoja de Vida e informando a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.”

Por lo anterior, se resolvió:

*“ARTICULO 1. Registrar en la hoja de vida del señor Patrullero (R) LUIS ALEJANDRO RICO VALBUENA, identificado con cedula de ciudadanía No. 1033.754.730 el correctivo disciplinario principal consistente en Destitución. Así mismo el citado policial (R) se encuentra Inhabilitado para ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término de quince (15) años y la exclusión del escalafón o carrera, de acuerdo a lo establecido en fallo disciplinario de primera instancia de fecha 08 de marzo de 2020, suscrito por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Manizales (E) y providencia de segunda instancia de fecha 01 de septiembre de 2020, proferida por el Inspector Delegado Región de Policía No. 3 (E).
[...].”*

Así las cosas, como la Resolución en mención es un simple acto de ejecución que no materializa el final de la relación laboral, la caducidad del medio de control debe contarse a partir de la notificación del acto que consolidó una situación jurídica en cabeza del patrullero Rico Valbuena, esto es, a partir del 17 de septiembre de 2020 cuando fue notificado el fallo disciplinario de segunda instancia. Por lo tanto, cierto es que, frente a dicho demandante, el término de caducidad feneció el 18 de enero de 2021, motivo por el cual, tanto la solicitud de conciliación extrajudicial (radicada el 24 de febrero de 2021) como la radicación de la demanda propiamente dicha (13 de abril de 2021), resultan extemporáneas. De ahí que la decisión en lo que a él respecta, sea la de rechazar su demanda, por caducidad del medio de control.

- En relación con los patrulleros Cristian Andrés González Usma y Luis Carlos Andrade la situación es diferente porque en su caso, la Resolución No. 02636 del 28 de octubre de 2020 sí materializó la terminación de la relación laboral administrativa y así se desprende de la parte considerativa y resolutive:

Que el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Manizales (E), mediante fallo disciplinario de primera instancia de fecha 08 de marzo de 2020, Investigación Disciplinaria No MEMAZ-2018-

12. impuso el correctivo disciplinario de Destitución e Inhabilidad General por el termino de diez (10) años, a los señores Patrullero CRISTIAN ANDRES GONZÁLEZ USMA, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.053 813.061 y Patrullero LUIS CARLOS ANDRADE FORERO, identificado con cedula de Ciudadanía No 1.093 221 169

Que mediante providencia que resuelve el recurso de apelación de fecha 01 de septiembre de 2020, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada al no proceder recurso alguna el Inspector Delegado Región de Policía No 3 (E) confirma el fallo de primera instancia de fecha 08 de marzo de 2020, suscrito por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Manizales (E), imponiendo el correctivo disciplinario de Destitución e Inhabilidad General por el término de diez (10) años a los señores Patrullero CRISTIAN ANDRÉS GONZALEZ USMA, identificado con cedula de ciudadanía No 1053 813 061 y Patrullero LUIS CARLOS ANDRADE FORERO, identificado con cedula de ciudadanía No 1.093.221.169.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 42, numeral 2 de la Ley 1015 de 2006, corresponde al Director General de la Policía Nacional de Colombia la ejecución de las sanciones impuestas.”

Po lo tanto, resuelve:

ARTICULO 1. Retirar del servicio activo de la Policía Nacional por Destitución, a los señores Patrullero CRISTIAN ANDRES GONZÁLEZ USMA, identificado con cédula de ciudadanía No 1.053.813.061 y Patrullero LUIS CARLOS ANDRADE FORERO, identificado con cédula de ciudadanía No 1.093.221 169 Así mismo los citados policiales se encuentran Inhabilitados para ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el termino de diez (10) años y la exclusión del escalafón o carrera, de acuerdo a lo establecido en fallo disciplinario de primera instancia de fecha 08 de marzo de 2020, suscrito por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Manizales (E) y providencia de segunda instancia de fecha 01 de septiembre de 2020, proferida por el Inspector Delegado Región de Policía No 3 (E)

ARTÍCULO 2. Enviar copia de la presente Resolución a la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Manizales, para que la notifique y la remita a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y al Grupo de Talento Humano de las unidades donde reposen las Hojas de Vida de los sancionados.”

Es claro que frente a estos dos patrulleros se emitió un acto ejecutando una sanción disciplinaria de retiro definitivo del servicio, con el cual se materializó la terminación o finalización de su vínculo laboral administrativo, razón por la cual ha de concluirse que el término de caducidad de la acción contenciosa debe computarse a partir de la notificación de dicho acto de ejecución, en la medida en que éste constituye una garantía para el administrado y resulta razonable en tanto hace efectivos los principios *pro homine* y *pro actione*, a los que hizo referencia el Consejo de Estado en la jurisprudencia ut supra.

Así pues, teniendo en cuenta que la Resolución No. 02636 del 28 de octubre de 2020 fue notificada personalmente al Patrullero Luis Carlos Andrade Forero el 1 de noviembre de 2020, el término de caducidad se extiende hasta el 1 de marzo de 2021; término que se suspende con la radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial (24 de febrero de 2021) y hasta la expedición de la constancia de conciliación fallida (13 de abril de 2021); luego, el demandante tenía plazo para demandar hasta el 19 de abril de 2021, lo hizo el 13 de abril de dicha calenda, cuando se encontraba dentro del término legal.

De igual forma, dado que la Resolución No. 02636 del 28 de octubre de 2020 fue notificada al Patrullero Cristian Andrés González por aviso del 30 de noviembre de 2020, el término de caducidad se extiende hasta el 30 de marzo de 2021; término que se suspende con la radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial (24 de febrero de 2021) y hasta la expedición de la constancia de conciliación fallida (13 de abril de 2021); luego, el demandante tenía plazo para demandar hasta el 18 de mayo de 2021, lo hizo el 13 de abril de dicha calenda, cuando se encontraba dentro del término legal.

Lo anterior basta para revocar parcialmente el numeral 1 del auto proferido el 3 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se rechazó por caducidad la demanda en relación con Luis Carlos Andrade Forero y Cristian Andrés González y se ordenará proveer sobre la admisión de la demanda.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala de Decisión,

III. Resuelve

Primero: Se revoca parcialmente el numeral 1 del auto proferido el 3 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se rechazó por caducidad la demanda en relación con Luis Carlos Andrade Forero y Cristian Andrés González. En su lugar, se ordena proveer sobre la admisión de la demanda.

Segundo: Se confirma en lo demás el auto apelado.

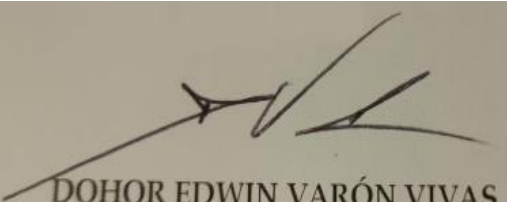
Háganse las anotaciones en el sistema informático Justicia XXI y una vez ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 281

Radicado	17-001-33-39-006-2021-00220-02
Clase	Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante	Leidy Yesenia García Ulloa
Accionados	Hospital San Félix de La Dorada – Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y terminó el proceso por incumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 numeral 2º del CPACA.

I. Antecedentes

1. Auto apelado.

Mediante auto del 15 de febrero de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE fundada la excepción previa de INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES.

SEGUNDO: DECLÁRASE TERMINADO EL PROCESO por incumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 numeral 2º del CPACA.

Como fundamento de su decisión, el a quo consideró que “las pretensiones de la parte actora no guardan relación con lo reclamado ante la entidad demandada en la petición formulada por ella el 14 de diciembre 2020 en tanto se depreca en este último, la estabilidad laboral y otros aspectos ajenos al reconocimiento de prestaciones sociales y de aportes al sistema de seguridad social que se dice en los hechos, se causaron a partir de la realidad del vínculo contractual que procura acreditar” por lo tanto, colige que “no se cumplió con el requisito de procedibilidad de agotamiento de la actuación administrativa en los términos señalados con el artículo 161 del CPACA y en consecuencia se declarará terminado el proceso.”

2. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la referida providencia aduciendo

para el efecto que, se desconoce por el a quo que el presente proceso se originó en una orden judicial del juez de tutela en la cual decidió otorgar una protección temporal condicionada a que se accionara el aparato judicial ordinario dentro de los 4 meses siguientes. Según dice, esa circunstancia marca diferencia en cuanto a las exigencias procesales, pues no puede exigirse con el mismo rigor el acceso a la administración de justicia cuando se accede ordinariamente a cuando se hace por orden judicial para que se mantenga una protección constitucional. Tal como se indicó en los hechos de la demanda, el presente proceso se origina dando cumplimiento a lo establecido en la sentencia de tutela para que se pudiera discutir en amplitud las condiciones en las cuales se decidió dar por terminada la relación contractual de mi poderdante, asunto que exigía mantener las mismas condiciones fácticas y jurídicas que en sede de tutela se discutieron.

Señala que en la comunicación que elevó la demandante a la demandada pidió, entre otras cosas, que se le respetara su estabilidad laboral reforzada con las consecuencias que de ello se deriva, en su sentir. En el escrito de la demanda se pide la nulidad del acto administrativo que negó la condición de debilidad manifiesta y estabilidad laboral, y además, se argumenta que *“El acto administrativo D-038-2021 de enero 19 de 2021, expedido por el Gerente de la demandada, incurrió en la falta de aplicación de la norma en la que debió fundarse, pues pese a que la entidad accionada conocía la normativa que regula la vinculación contractual y reglamentaria de los servidores públicos, los créditos laborales a los que tienen derecho los funcionarios y el reconocimiento y pago que se ha decantado mediante línea jurisprudencial pacífica del Honorable Consejo de Estado, procedió de forma injustificada a negar el derecho a la estabilidad laboral, el derecho al trabajo, el derecho a la reubicación laboral, el derecho al acompañamiento profesional y demás conceptos laborales derivados de la realidad del vínculo a pesar de darse los elementos legales y jurisprudenciales para ello.”*

Pone de presente que en el proceso de tutela que originó este proceso ordinario, se vinculó a la demandada y allí tuvo la oportunidad de ejercer un amplio despliegue defensivo. En dicha demanda de tutela se pidió de manera expresa la protección de sus derechos fundamentales, entre ellos, el de la estabilidad laboral reforzada, para lo cual se pidió al juez de tutela que ordenara la continuidad en la relación contractual que se tenía, el pago de los ingresos dejados de percibir desde la desvinculación hasta la fecha en la cual se active la relación contractual, aportes a la seguridad social y la indemnización especial de la Ley 361 de 1997. Según expone, no le cabe duda que desde el punto de vista material ya se cumplió con el requisito establecido en el artículo 161-2 del CPACA pues ya se hizo reclamación a la demandada a través del mecanismo de la tutela, se defendió oportunamente y siempre estuvo enterada de lo que sería el reclamo en sede judicial pues al haber sido parte de la acción de tutela era conocedora de que esas mismas pretensiones se harían valer en el proceso ordinario que se debía instaurar por orden judicial como efectivamente se hizo.

Concluye que el acceso a la administración de justicia debe permitir la flexibilidad del rigor formal por parte de los jueces, máxime cuando lo que está en juego son derechos fundamentales de los trabajadores que deben ser declarados por el juez competente.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por las partes y de cara a la providencia materia de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿La parte demandante adelantó la reclamación administrativa frente a lo que constituye actualmente el objeto de este proceso?
- ¿La excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales debe prosperar?
- ¿Se debe terminar el proceso por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo?

1. De la reclamación administrativa efectuada por la demandante ante el Hospital San Félix de La Dorada – Caldas y de la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales.

El expediente da cuenta de que la demandante, en ejercicio del derecho de petición, inició una actuación administrativa ante la E.S.E. Hospital San Félix de La Dorada – Caldas en la que solicitó lo siguiente:

1. Estabilidad laboral.
2. Reubicación en jornada diurna debido a mi patología.
3. Acompañamiento profesional.
4. Que se resuelvan las peticiones expuestas para garantizar el derecho al trabajo

Como fundamento de su solicitud, expuso que era auxiliar de enfermería y que cumplía sus funciones en virtud del contrato de prestación de servicios No. 943 desde el 23 de diciembre de 2019. Indicó que el 30 de agosto de 2020, realizando el turno de la noche en urgencias, entró en un delicado estado de salud a causa del Covid 19, el cual le dejó como secuela una monoparesia en miembro superior izquierdo. Alude a todas las vicisitudes que debió enfrentar a causa de dicho quebranto de salud y a la expectativa de reintegro una vez culminadas sus incapacidades.

En respuesta a dicha petición, la E.S.E. Hospital San Félix de La Dorada – Caldas expidió el acto administrativo D-038 -2021 del 18 de enero de 2021, en el que le indicó a la peticionaria que su vinculación obedeció a un contrato de prestación de servicios en razón del cual no se generan prestaciones sociales y una vez terminado el vínculo, el contratista solamente tendrá derecho al pago de honorarios una vez constatado el cumplimiento de sus obligaciones por parte del supervisor. Agregó que las cargas en materia de seguridad social también están a cargo del contratista.

Expuso que las partes pueden suspender el contrato de prestación de servicios ante eventos de fuerza mayor o caso fortuito o eventos que impidan temporalmente cumplir con el objeto del mismo, como es el caso de la contratista que se encuentra incapacitada. Acto seguido señaló que, toda vez que las obligaciones contractuales suscritas por la señora Leidy Yesenia Ulloa no fueron cumplidas a satisfacción por encontrarse incapacitada, se tiene que el contrato finalizó el día 31 de diciembre de 2020, culminando con esto la vigencia fiscal y los recursos presupuestados para dicha obligación. Conforme a lo anterior adujo que no era procedente continuar con la ejecución del contrato, el cual cumplió con el plazo de ejecución el 31 de diciembre de 2020, en los términos contractualmente pactados, siendo la misma sujeta al vencimiento del plazo, por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo.

También indicó que la estabilidad laboral reforzada atañe a las relaciones de trabajo dependiente; que la vinculación en este caso se dio a través de contrato de prestación de servicios y por lo tanto, la misma terminó al expirar el plazo pactado; que la suscripción de nuevos contratos depende de las necesidades de servicio que presente la entidad.

Entre tanto, la demanda promovida en el sub examine contiene las siguientes pretensiones:

- Que se declare la nulidad de la comunicación D-038-2021 de enero 19 de 2021, suscrita por Diego Luis Arango Nieto como Gerente de la ESE demandada, mediante la cual se dio respuesta a la reclamación laboral.

- En consecuencia, restablecer el Derecho ordenando:

a) El reintegro a la entidad en el cargo para el cual se vinculó mi poderdante, en las mismas o mejores condiciones que tenía a la fecha de terminación de la relación legal.

b) El pago de todos los conceptos que por ley le corresponde durante el tiempo en el cual he permanecido por fuera del servicio, declarando que no ha existido

solución de continuidad en el vínculo.

c) El pago de los emolumentos por los días de prestación de servicios que se le están adeudando a la fecha.

d) El pago de aportes al sistema general de seguridad social que por ley corresponda.

e) El pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

- La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

- Condene al reconocimiento de las costas judiciales a que haya lugar.

Conforme a lo anterior, ninguna de las pretensiones contiene de manera expresa la solicitud de declaratoria del contrato realidad o relación laboral encubierta; sin embargo, revisados los hechos y concepto de violación de la demanda, se observa la referencia explícita que se hace a los requisitos para la estructuración de una relación laboral encubierta, dando a entender que entre la señora Leidy Yesenia García Ulloa y la E.S.E. Hospital San Félix de La Dorada – Caldas existió una relación laboral puesto que aquella cumplió con sus funciones de manera personal, bajo la subordinación y dependencia de dicho ente público, cumpliendo un horario de trabajo y recibiendo un salario como contraprestación.

Ahora bien, a juicio de la Sala, dentro de la petición del actor ante la administración estaba contenida la pretensión de declaratoria de existencia del contrato realidad, pues ésta es la base para que pidiera *estabilidad laboral, reubicación en jornada diurna debido a su patología, acompañamiento profesional y que se resuelvan las peticiones expuestas para garantizar el derecho al trabajo.*

Además, se trata de un asunto de carácter laboral en el que están ínsitos derechos fundamentales como la igualdad, el mínimo vital y la seguridad social, por ende, deben ceder otros principios como el de justicia rogada y congruencia, facultando al juez para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia.

La Corte Constitucional ha establecido límites a los principios de justicia rogada y congruencia, frente a casos en los que se evidencie la vulneración de derechos fundamentales. Así, en sentencia T-553 de 2012 la alta Corporación consideró que *“si bien es cierto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada, ello no impide que en aquellos casos en los que se vean comprometidos derechos fundamentales que obliguen al juez a desplegar medidas para su protección, deba guardar silencio, puesto que es deber del operador jurídico hacer uso de las facultades oficiosas para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia”.*

En tratándose de derechos laborales y de la seguridad social, el Consejo de Estado¹ ha precisado, además, que *“... si bien es cierto que la justicia contencioso administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D.C., veinticinco 25 de agosto de dos mil dieciséis (2016). 23001233300020130026001 (00882015)

medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad)”. (Resalta la Sala)

Por lo tanto, si bien en principio, el Juez sólo puede referirse a las pretensiones planteadas en la petición, en asuntos en los que se vean comprometidos derechos constitucionales irrenunciables, es deber del operador jurídico hacer uso de las facultades oficiosas para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia.

Así las cosas, a efectos de resolver lo pertinente, se concluye que a la vislumbrada pretensión de declaratoria de contrato realidad o relación laboral encubierta sí le antecede i) una reclamación en tal sentido ante la demandada E.S.E. Hospital San Félix de La Dorada – Caldas, con la cual se provocó un pronunciamiento expreso en torno a dicho petitum; ii) por lo tanto, se tiene un acto administrativo que refleja la voluntad de la administración (oficio D-038 -2021 del 18 de enero de 2021); iii) luego, sí se cumple con el requisito formal de la demanda, cual es la individualización con toda precisión del acto administrativo cuya nulidad se deprecia (artículo 163 del CPACA); iv) dicho oficio es un acto administrativo definitivo que quedó en firme según lo previsto en el artículo 43 del CPACA en concordancia con el artículo 87 ibidem. Así las cosas, se trata de un acto administrativo enjuiciable ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese orden de ideas, la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales no prospera.

2. Del requisito de procedibilidad.

En el ordinal segundo del auto proferido el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales se resolvió lo siguiente:

SEGUNDO: DECLÁRASE TERMINADO EL PROCESO por incumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 numeral 2º del CPACA.

En este punto es menester recordar que el requisito de procedibilidad es un requisito previo para demandar y su incumplimiento conlleva a la terminación del proceso en atención a lo previsto en el artículo 175, parágrafo 2º, inciso tercero del CPACA.

En el sub examine basta decir que, frente al acto administrativo D-038 -2021 del 18 de enero de 2021, expedido por la demandada, no se indicó la procedencia de recurso alguno, razón por la cual, el mismo quedó en firme tal y como lo prevé el artículo 87 del CPACA. Y en esa misma línea de intelección, se entiende agotado el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 161 numeral 2 ibidem.

En **conclusión**, se revocará el auto proferido el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y terminó el proceso por incumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 numeral 2º del CPACA. En consecuencia, el juez de primera instancia deberá resolver sobre la admisión de la demanda.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala de Decisión,

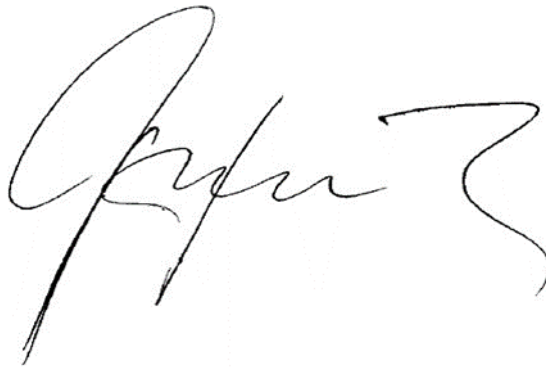
III. Resuelve

1. Se revoca el auto proferido el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y terminó el proceso por incumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 numeral 2º del CPACA. En consecuencia, el juez de primera instancia debe resolver sobre la admisión de la demanda.

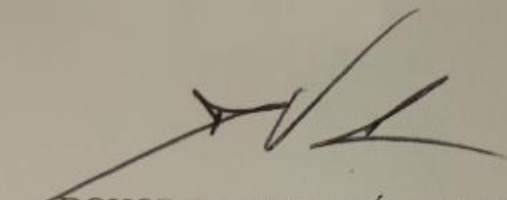
2. Háganse las anotaciones en el sistema informático Justicia XXI y una vez ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia 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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS



Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 278

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-009-2021-00241-02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Lina María Ortiz Cruz
Demandado:	Municipio de La Dorada Caldas y otro

I. Asunto

Procede la Sala a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto del 22 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

Antecedentes

A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la demandante pretende se declare la nulidad de los siguientes decretos expedidos por el Alcalde de La Dorada, Caldas, el día 20 de agosto de 2021:

- No. 148 “Por medio del cual se establece la planta global de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”
- No. 150 “Por medio del cual se hacen unas incorporaciones de empleos a la planta de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”
- No. 151 “Por medio del cual se hacen unas supresiones de empleos de la planta global de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”.
- Así mismo, del Acuerdo Municipal número 05 de 2020 “Por medio del cual se otorga al alcalde municipal de La Dorada – Caldas facultades pro tempore para ejercer precisas funciones del concejo municipal”, expedido por el Concejo Municipal de La Dorada Caldas.

A título de restablecimiento del derecho, solicita sea la demandante mantenida en su empleo o reintegrada sin solución de continuidad, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar, debidamente indexados.

Como medida cautelar, se solicitó decretar la suspensión de los efectos jurídicos del Acuerdo

Municipal y de los decretos demandados, fundada en los siguientes argumentos: i) la demandante accedió a su cargo previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil; ii) a la señora Lina María Ortiz Cruz no se le notificó acto alguno de manera personal, sólo se le entregó un comunicado el día 27 de agosto de 2021, suscrito por la Directora de Personal del municipio de La Dorada Caldas, donde se señaló que el cargo fue suprimido, que su trabajo terminaba el 31 de agosto de 2021 y que realizara la entrega del puesto de trabajo; iii) tampoco se le informó que tenía derecho a presentar recurso de apelación o reposición frente a la decisión de la administración, igualmente no se le puso de presente la posibilidad de ejercer el derecho preferencial a ser incorporado en igual empleo o equivalente en la nueva planta de personal, no se le informó que de no ser posible podría optar por ser reincorporado a empleo igual o equivalente o a recibir indemnización, como lo ordena el artículo 44 de la Ley 909 de 2004; iv) los actos administrativos están viciados de nulidad por falsa motivación, pues aunque se alega la necesidad de una reorganización administrativa por el déficit financiero surgido por el tamaño de la planta de personal, al mismo tiempo se mantiene una “nómina paralela” integrada por cientos de contratistas de prestación de servicios que cumplen funciones misionales y que le representan a la administración unos gastos multimillonarios en cada anualidad; según dice, con los contratistas se pretende desplazar al personal de planta vinculado mediante relación legal y reglamentaria en detrimento de sus derechos laborales y de carrera administrativa; además, los gastos originados en esos contratos no se tuvieron en cuenta como una de las causas del déficit financiero que dio lugar a la expedición de esos actos; v) Aduce un perjuicio irremediable por afectación a su mínimo vital dado que es madre cabeza de familia.

El municipio defiende la legalidad de los actos acusados y se opone al decreto de la medida cautelar.

- El auto apelado.

Mediante auto del 22 de marzo de 2023, el juzgado de conocimiento negó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados; y para adoptar dicha decisión, adujo que las plantas de personal de las entidades estatales pueden sufrir reformas justificadas en la necesidad del servicio o modernización de la administración, basadas en estudios técnicos que así lo demuestren con los requisitos de ley. Dice que los argumentos expuestos como concepto de violación y el caudal probatorio recaudado hasta ahora no resulta suficiente para acceder a lo peticionado, pues, se evidencia necesario garantizar a la accionada el debido proceso y el derecho de contradicción en sede judicial para que después de recaudar las pruebas solicitadas, se haga el estudio de fondo del caso por parte del Despacho que permitan analizar de fondo lo relativo a las argumentaciones objeto de la litis.

- El recurso de apelación.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra el auto que negó la medida cautelar, con base en los siguientes argumentos:

- El paquete de actos se soportó principalmente en la presunta existencia de un déficit financiero del Municipio de La Dorada Caldas, sin embargo, se aportó prueba contundente que el municipio tiene una nómina paralela permanente por contratos directos de prestación de servicio por valores constantes de hasta \$4.011.487.145.00 ML. No es lógico, regular y debido que una entidad territorial, atravesando una supuesta crisis financiera, destine una cantidad tan importante de recursos para contratar personal.
- Sumado a lo ya expuesto, la parte actora sí considera demostrado un perjuicio grave e inminente en cabeza de la demandante, que haga necesaria la suspensión de los efectos de los actos demandados, pues su empleo es su única fuente de ingresos. Estima que con la desvinculación de su trabajo se le está afectado su fuente de ingresos, sin que se deban exigirse presupuestos adicionales o prueba adicional, pues resulta claro que a quien se le

desvincula laboralmente como regla general se le afectan sus prerrogativas fundamentales.

En suma, considera procedente el decreto de la medida y por lo tanto, solicita la revocatoria del auto proferido en primera instancia.

II. Consideraciones de la Sala

Es competente la Sala Segunda de este Tribunal para conocer del presente asunto en virtud de la disposición contenida en el artículo 125 literal h del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 125. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.
2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:
 - a) Las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código;
 - b) Las que resuelvan los impedimentos y recusaciones, de conformidad con los artículos 131 y 132 de este código;
 - c) Las que resuelvan los recursos de súplica. En este caso, queda excluido el despacho que hubiera proferido el auto recurrido;
 - d) Las que decreten pruebas de oficio, en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 213 de este código;
 - e) Las que decidan de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia;
 - f) En las demandas contra los actos de elección y los de contenido electoral, la decisión de las medidas cautelares será de sala;
 - g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas;
 - h) **El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar.** En primera instancia esta decisión será de ponente.
3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja. /Resaltado fuera de texto/

ARTÍCULO 243. <Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.
2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.
3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.

4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.
5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.
6. El que niegue la intervención de terceros.
7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.
8. Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.

Así las cosas, el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la medida cautelar solicitada por la parte demandante, será decidido por la Sala de Decisión.

1. De la solicitud de suspensión provisional.

En el *sub examine* se reclama la suspensión provisional de los actos administrativos reseñados al inicio de esta providencia, todos ellos inmersos en el proceso de reestructuración de la planta global de la administración municipal de La Dorada – Caldas.

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:

*“Artículo 230. 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:
[...]*

2. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

*Artículo 231. 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:

[...]

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.

¹En adelante C.P.A.C.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese estado de cosas, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo

²Consejo 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.

³Consejo 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.

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

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

Al constatarse que la demanda se presentó en vigencia del CPACA, no estará sujeto el análisis a que la contradicción entre las normas invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, sino que se confrontará 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.

3. Del caso concreto

Atendiendo los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 22 de marzo de 2023, por medio del cual se negó en primera instancia una solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se deprecia en el libelo inicial, procede esta Sala a considerar lo siguiente:

- Le asiste razón al a quo cuando señala que, para la creación, supresión o modificación de la estructura de la administración municipal, los Concejos Municipales o el Alcalde Municipal - dotado de facultades extraordinarias – pueden *“Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”*, ello, de conformidad con el numeral 6 del artículo 313 Superior.
- También resulta de recibo el argumento según el cual, en esta etapa temprana del proceso y conforme al acervo probatorio recaudado hasta el momento, no se cuentan con los elementos de juicio suficientes para determinar la ilegalidad de los actos administrativos sometidos a escrutinio, pues ciertamente, son varios los cargos planteados por la parte demandante, todos ellos con componentes técnicos que no pueden ser dilucidados a partir de un examen preliminar realizado a la prueba documental hasta ahora recaudada. Se requiere escudriñar más allá mediante una confrontación con los demás elementos de convicción que se aporten al proceso, a fin de establecer si las decisiones reprochadas carecen de sustento o reposan sobre bases fácticamente insostenibles o falsas.

- Lo anterior también se predica en relación con los derechos de carrera que invoca el demandante. Sobre este aspecto tendrá que ahondarse durante el trámite del proceso en orden a determinar si realmente era viable la reubicación de esta persona en un cargo igualo equivalente al que ocupaba antes de la supresión de su empleo o si, definitivamente, se debía acudir a la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004⁴, a cuyo tenor literal:

Artículo 44. *Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.*
[...]

Ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.11.2.1. del Decreto 1083 de 2015; y con el artículo 2.2.11.2.5 de la misma norma, que establece lo siguiente: *“El pago de la indemnización estará a cargo de la entidad que retira al empleado y deberá cancelarse en efectivo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma. En caso de mora en el pago se causarán intereses a favor del ex empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha del acto de liquidación. [...]”*

Y en relación con la estabilidad laboral reforzada que alega en su favor el demandante, deberá atenerse a los resultados de la confrontación probatoria que se surta en el curso del proceso, en aras de establecer si en cada caso cumple rigurosamente con las calidades que se invocan, atendiendo a las definiciones que de cada una de ellas trae el Decreto 1083 de 2015.

- **Del perjuicio irremediable que invoca la demandante como justificación y soporte de la medida de suspensión provisional.**

Al respecto conviene precisar que, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo implica el desconocimiento, ab initio, de su presunción de legalidad; para determinar tal ilegalidad, debe adelantarse un análisis del acto demandado y confrontarlo con las normas superiores invocadas como violadas y con las demás 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. Ello, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA.

Así las cosas, el restablecimiento del derecho de manera provisional debe ser consecuencia de la suspensión previa de los efectos del acto administrativo, pues esto es presupuesto de aquello; vale decir, no se puede ordenar que la demandante conserve el statu quo laboral si, como ya se dijo, la ilegalidad de los actos administrativos que ordenaron la supresión de su cargo debe someterse a un examen probatorio más amplio y a un riguroso debate interpartes.

Ahora bien, se plantea la existencia de un perjuicio irremediable por vulneración del derecho al

⁴Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

mínimo vital de la demandante ante la inminente pérdida de su empleo; sin embargo, aunque la protección de un derecho fundamental no escapa al conocimiento del juez ordinario en el marco de un proceso de igual naturaleza – pues aún en este escenario también se debe ser garante de la Constitución – lo cierto es que para avanzar con una orden en el sentido planteado por la parte actora no debe existir duda sobre las condiciones especiales que alega (madre cabeza de familia **sin alternativa económica**; Persona con una limitación física, mental, visual o auditiva, como consecuencia de la cual se encuentre en **desventaja** en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural; Servidor próximo a pensionarse, etc). Aunque la pérdida de un empleo supone la afectación del ingreso personal y familiar, no siempre esa afectación tiene una causa ilegal o injustificada que acarree la responsabilidad del empleador. Precisamente, de la legalidad o ilegalidad de esa causa es de lo que se trata este proceso, y mientras ello no esté debidamente dilucidado, no es dado ordenar el restablecimiento provisional del derecho como tampoco la protección supra legal de quienes aducen una calidad que tampoco está íntegramente acreditada.

Así las cosas, le asiste razón al a quo para afirmar que no están dadas las condiciones para acceder a la medida provisional deprecada en la demanda y que por tanto, resulta necesario avanzar en el proceso y agotar la etapa probatoria respectiva en orden a establecer, sin lugar a hesitación, la ilegalidad de los actos administrativos enjuiciados y la forma en que debe darse el restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto, dado que la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se deprecia no cumple con los requisitos de que trata el artículo 229 del CPACA, se procederá a confirmar el auto objeto del recurso de apelación.

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

III. Resuelve

1. Se confirma el auto del 22 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

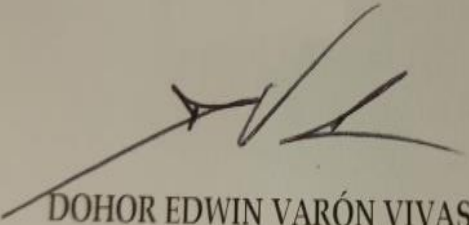
2. Una vez ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS



Sala Segunda de Decisión Oral

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 279

Manizales, diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-009-2021-00242-02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	William Andrés Ramírez Galindo
Demandado:	Municipio de La Dorada Caldas y otro

I. Asunto

Procede la Sala a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto del 22 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

Antecedentes

A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el demandante pretende se declare la nulidad de los siguientes decretos expedidos por el Alcalde de La Dorada, Caldas, el día 20 de agosto de 2021:

- No. 148 “Por medio del cual se establece la planta global de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”
- No. 150 “Por medio del cual se hacen unas incorporaciones de empleos a la planta de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”
- No. 151 “Por medio del cual se hacen unas supresiones de empleos de la planta global de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”.
- Así mismo, del Acuerdo Municipal número 05 de 2020 “Por medio del cual se otorga al alcalde municipal de La Dorada – Caldas facultades pro tempore para ejercer precisas funciones del concejo municipal”, expedido por el Concejo Municipal de La Dorada Caldas.

A título de restablecimiento del derecho, solicita sea el demandante mantenido en su empleo o reintegrado sin solución de continuidad, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar, debidamente indexados.

Como medida cautelar, se solicitó decretar la suspensión de los efectos jurídicos del Acuerdo Municipal y de los decretos demandados, fundada en los siguientes argumentos: i) el demandante accedió a su cargo previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil; ii) al señor William Andrés Ramírez Galindo no se le notificó acto alguno de manera personal, sólo se le entregó un comunicado el día 30 de agosto de 2021, suscrito por la Directora de Personal del municipio de La Dorada Caldas, donde se señaló que el cargo fue suprimido, que su trabajo terminaba el 31 de agosto de 2021 y que realizara la entrega del puesto de trabajo; iii) tampoco se le informó que tenía derecho a presentar recurso de apelación o reposición frente a la decisión de la administración, igualmente no se le puso de presente la posibilidad de ejercer el derecho preferencial a ser incorporado en igual empleo o equivalente en la nueva planta de personal, no se le informó que de no ser posible podría optar por ser reincorporado a empleo igual o equivalente o a recibir indemnización, como lo ordena el artículo 44 de la Ley 909 de 2004; iv) los actos administrativos están viciado de nulidad por falsa motivación, pues aunque se alega la necesidad de una reorganización administrativa por el déficit financiero surgido por el tamaño de la planta de personal, al mismo tiempo se mantiene una “nómina paralela” integrada por cientos de contratistas de prestación de servicios que cumplen funciones misionales y que le representan a la administración unos gastos multimillonarios en cada anualidad; según dice, con los contratistas se pretende desplazar al personal de planta vinculado mediante relación legal y reglamentaria en detrimento de sus derechos laborales y de carrera administrativa; además, los gastos originados en esos contratos no se tuvieron en cuenta como una de las causas del déficit financiero que dio lugar a la expedición de esos actos; v) Aduce un perjuicio irremediable por afectación a su mínimo vital y por sus actuales condiciones de salud.

El municipio defiende la legalidad de los actos acusados y se opone al decreto de la medida cautelar.

- El auto apelado.

Mediante auto del 22 de marzo de 2023, el juzgado de conocimiento negó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados; y para adoptar dicha decisión, adujo que las plantas de personal de las entidades estatales pueden sufrir reformas justificadas en la necesidad del servicio o modernización de la administración, basadas en estudios técnicos que así lo demuestren con los requisitos de ley. Dice que los argumentos expuestos como concepto de violación y el caudal probatorio recaudado hasta ahora no resulta suficiente para acceder a lo peticionado, pues, se evidencia necesario garantizar a la accionada el debido proceso y el derecho de contradicción en sede judicial para que después de recaudar las pruebas solicitadas, se haga el estudio de fondo del caso por parte del Despacho que permitan analizar de fondo lo relativo a las argumentaciones objeto de la litis.

- El recurso de apelación.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra el auto que negó la medida cautelar, con base en los siguientes argumentos:

- El paquete de actos se soportó principalmente en la presunta existencia de un déficit financiero del Municipio de La Dorada Caldas, sin embargo, se aportó prueba contundente que el municipio tiene una nómina paralela permanente por contratos directos de prestación de servicio por valores constantes de hasta \$4.011.487.145.00 ML. No es lógico, regular y debido que una entidad territorial, atravesando una supuesta crisis financiera, destine una cantidad tan importante de recursos para contratar personal.
- Sumado a lo ya expuesto, la parte actora sí considera demostrado un perjuicio grave e inminente en cabeza del demandante, que haga necesaria la suspensión de los efectos de los actos demandados, pues su empleo es su única fuente de ingresos. Estima que con la desvinculación de su trabajo se le está afectado su fuente de ingresos, sin que se deban

exigirse presupuestos adicionales o prueba adicional, pues resulta claro que a quien se le desvincula laboralmente como regla general se le afectan sus prerrogativas fundamentales.

En suma, considera procedente el decreto de la medida y por lo tanto, solicita la revocatoria del auto proferido en primera instancia.

II. Consideraciones de la Sala

Es competente la Sala Segunda de este Tribunal para conocer del presente asunto en virtud de la disposición contenida en el artículo 125 literal h del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 125. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.
2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:
 - a) Las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código;
 - b) Las que resuelvan los impedimentos y recusaciones, de conformidad con los artículos 131 y 132 de este código;
 - c) Las que resuelvan los recursos de súplica. En este caso, queda excluido el despacho que hubiera proferido el auto recurrido;
 - d) Las que decreten pruebas de oficio, en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 213 de este código;
 - e) Las que decidan de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia;
 - f) En las demandas contra los actos de elección y los de contenido electoral, la decisión de las medidas cautelares será de sala;
 - g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas;
 - h) **El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar.** En primera instancia esta decisión será de ponente.
3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja. /Resaltado fuera de texto/

ARTÍCULO 243. <Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.
2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.
3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio

Público.

4. *El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.*

5. *El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.*

6. *El que niegue la intervención de terceros.*

7. *El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*

8. *Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.*

Así las cosas, el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la medida cautelar solicitada por la parte demandante, será decidido por la Sala de Decisión.

1. De la solicitud de suspensión provisional.

En el *sub examine* se reclama la suspensión provisional de los actos administrativos reseñados al inicio de esta providencia, todos ellos inmersos en el proceso de reestructuración de la planta global de la administración municipal de La Dorada – Caldas.

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:

*“Artículo 230. 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:
[...]*

2. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

*Artículo 231. 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:

[...]

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

¹En adelante C.P.A.C.A.

“*ab initio*” de la presunción de legalidad del acto de la administración, con la consiguiente suspensión de sus efectos inmediatos y la postergación de su ejecución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²Consejo 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.

³Consejo 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.

los mismos”.

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

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

Al constatarse que la demanda se presentó en vigencia del CPACA, no estará sujeto el análisis a que la contradicción entre las normas invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, sino que se confrontará 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.

3. Del caso concreto

Atendiendo los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 22 de marzo de 2023, por medio del cual se negó en primera instancia una solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se depreca en el libelo inicial, procede esta Sala a considerar lo siguiente:

- Le asiste razón al a quo cuando señala que, para la creación, supresión o modificación de la estructura de la administración municipal, los Concejos Municipales o el Alcalde Municipal -dotado de facultades extraordinarias- pueden “*Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta*”, ello, de conformidad con el numeral 6 del artículo 313 Superior.
- También resulta de recibo el argumento según el cual, en esta etapa temprana del proceso y conforme al acervo probatorio recaudado hasta el momento, no se cuentan con los elementos de juicio suficientes para determinar la ilegalidad de los actos administrativos sometidos a escrutinio, pues ciertamente, son varios los cargos planteados por la parte demandante,

todos ellos con componentes técnicos que no pueden ser dilucidados a partir de un examen preliminar realizado a la prueba documental hasta ahora recaudada. Se requiere escudriñar más allá mediante una confrontación con los demás elementos de convicción que se aporten al proceso, a fin de establecer si las decisiones reprochadas carecen de sustento o reposan sobre bases fácticamente insostenibles o falsas.

- Lo anterior también se predica en relación con los derechos de carrera que invoca el demandante. Sobre este aspecto tendrá que ahondarse durante el trámite del proceso en orden a determinar si realmente era viable la reubicación de esta persona en un cargo igual o equivalente al que ocupaba antes de la supresión de su empleo o si, definitivamente, se debía acudir a la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004⁴, a cuyo tenor literal:

Artículo 44. *Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.*
[...]

Ello, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.11.2.1. del Decreto 1083 de 2015; y con el artículo 2.2.11.2.5 de la misma norma, que establece lo siguiente: “El pago de la indemnización estará a cargo de la entidad que retira al empleado y deberá cancelarse en efectivo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma. En caso de mora en el pago se causarán intereses a favor del ex empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha del acto de liquidación. [...]”

Y en relación con la estabilidad laboral reforzada que alega en su favor el demandante, deberá atenerse a los resultados de la confrontación probatoria que se surta en el curso del proceso, en aras de establecer si en cada caso cumple rigurosamente con las calidades que se invocan, atendiendo a las definiciones que de cada una de ellas trae el Decreto 1083 de 2015.

- **Del perjuicio irremediable que invoca el demandante como justificación y soporte de la medida de suspensión provisional.**

Al respecto conviene precisar que, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo implica el desconocimiento, ab initio, de su presunción de legalidad; para determinar tal ilegalidad, debe adelantarse un análisis del acto demandado y confrontarlo con las normas superiores invocadas como violadas y con las demás 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. Ello, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA.

Así las cosas, el restablecimiento del derecho de manera provisional debe ser consecuencia de la suspensión previa de los efectos del acto administrativo, pues esto es presupuesto de aquello; vale decir, no se puede ordenar que el demandante conserve el statu quo laboral si, como ya se dijo, la ilegalidad de los actos administrativos que ordenaron la supresión del cargo debe someterse a un examen probatorio más amplio y a un riguroso debate interpartes.

⁴Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Ahora bien, se plantea la existencia de un perjuicio irremediable por vulneración del derecho al mínimo vital del demandante ante la inminente pérdida de su empleo; sin embargo, aunque la protección de un derecho fundamental no escapa al conocimiento del juez ordinario en el marco de un proceso de igual naturaleza – pues aún en este escenario también se debe ser garante de la Constitución – lo cierto es que para avanzar con una orden en el sentido planteado por el actor no debe existir duda sobre las condiciones especiales que alega (madre o padre cabeza de familia **sin alternativa económica**; Persona con una limitación física, mental, visual o auditiva, como consecuencia de la cual se encuentre en **desventaja** en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural; Servidor próximo a pensionarse, etc). Aunque la pérdida de un empleo supone la afectación del ingreso personal y familiar, no siempre esa afectación tiene una causa ilegal o injustificada que acarree la responsabilidad del empleador. Precisamente, de la legalidad o ilegalidad de esa causa es de lo que se trata este proceso, y mientras ello no esté debidamente dilucidado, no es dado ordenar el restablecimiento provisional del derecho como tampoco la protección supra legal de quienes aducen una calidad que tampoco está íntegramente acreditada.

Así las cosas, le asiste razón al a quo para afirmar que no están dadas las condiciones para acceder a la medida provisional deprecada en la demanda y que por tanto, resulta necesario avanzar en el proceso y agotar la etapa probatoria respectiva en orden a establecer, sin lugar a hesitación, la ilegalidad de los actos administrativos enjuiciados y la forma en que debe darse el restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto, dado que la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se deprecia no cumple con los requisitos de que trata el artículo 229 del CPACA, se procederá a confirmar el auto objeto del recurso de apelación.

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

III. Resuelve

1. Se confirma el auto del 22 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

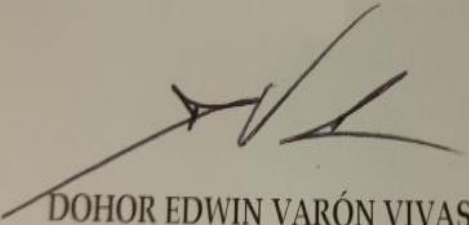
2. Una vez ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

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. 232

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2021-00295-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Diana Vinasco Vargas
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 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 4405-6 del 05 de septiembre de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 26 de junio de 2020; la prestación fue reconocida mediante Resolución 2196-6 del 14 de julio de 2020 y cancelada el 22 de diciembre de 2020.

Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías. Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

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, el ente territorial se extralimitó en expedir dicho acto administrativo a sabiendas que la normatividad otorgó el término de 15 días para su conducta, configurándose a todas luces la responsabilidad del pago de sanción por mora en el caso bajo estudio, siendo necesario el arrimo a este proceso del ente territorial para que reconozca dicho actuar y se decrete su falta a través de sentencia.

Propuso como excepciones: *“FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA”, “CADUCIDAD” Y “PRESCRIPCIÓN”*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”, “BUENA FE POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL” Y “PRESCRIPCIÓN”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada de oficio la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” del departamento de Caldas; declaró la nulidad de la Resolución 4405-6 del 09 de septiembre de 2021 y ordenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag a que reconozca y pague a la demandante la sanción por mora contenida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, desde el 06 de octubre de 2020 hasta el 14 de octubre de 2020, inclusive, liquidada con la asignación básica vigente en 2020.

Como fundamento de su decisión señaló que, la Resolución 2196-6 del 14 de julio de 2020 por medio de la cual se reconocieron las cesantías se profirió dentro del término de quince días siguientes a la radicación de la solicitud, la cual fue notificada personalmente el 15 de julio de 2020 por correo electrónico.

Que así las cosas, el término de ejecutoria venció el 30/07/2020, por lo que el pago debía efectuarse a más tardar el 05/10/2020 y como el pago fue realizado el 14/10/2020, ha de aplicarse la sanción moratoria a título de restablecimiento desde el 06/10/2020 hasta el 14/10/2020.

Que si bien la Nación - Ministerio de Educación- Fomag invoca la aplicación de la Ley 1955 de 2019, para que se estudie la eventual responsabilidad del ente territorial, lo cierto es que quien debe asumir el pago de la sanción moratoria en todos los casos es la entidad del orden nacional. Tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado tratándose de este tipo de pretensiones, incluso, es improcedente el litisconsorcio necesario con las entidades territoriales¹.

Ahora, para que se estudie la viabilidad de analizar la eventual culpa en que pueda incurrir el Departamento de Caldas en la generación de la sanción moratoria, es necesario que la Nación - Ministerio de Educación- Fomag plantee su pretensión resarcitoria a través de los medios jurídicos correspondientes; esto con el fin de obtener el reembolso de los recursos a los que resulte condenada a pagar. En ese escenario, debe acreditar los supuestos fácticos para acreditar que la mora es imputable a la entidad territorial.

Para el caso específico, con la contestación de la demanda la Nación - Ministerio de Educación- Fomag no formula una pretensión de reembolso frente al Departamento de Caldas a través de los medios procesales dispuestos para tal fin, simplemente se limita a citar el contenido de la Ley 1955 de 2019 para que se declare la supuesta falta de legitimación como demandada; por ello, no se analizará su conducta en el trámite de la solicitud de cesantías solicitada por la demandante.

4. Recurso de apelación

La Nación - Ministerio de Educación- Fomag solicitó revocar la sentencia, para ello señaló que, a luz de la Ley 1955 de 2019 artículo 57 Parágrafo Transitorio se debe concluir que el Fomag no es el llamado a pagar teniendo en cuenta que es una mora causada con

¹ Subsección “B”. CP. César Palomino Cortés. Auto del nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 63001-23-33-000-2014-00171-01(1845-15) y 6 Subsección “A”. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Auto del dos (2) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación: 17001- 23-33-000-2013-00628-01(3830-14).

posterioridad a diciembre del 2019 y es el ente territorial quien debe asumir dicho pago ya que fue quien al emitir de forma errónea el acto administrativo, causó demora en el pago.

Que de igual forma, el sentenciador debe tener en cuenta, al definir la data que cesó la mora, debe tener en cuenta la fecha en que se puso a disposición el dinero por la entidad encargada de dicho trámite.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Se encuentra adecuadamente reconocida la sanción moratoria a favor de la demandante o por el contrario, el a quo incurrió en un error al definir sus extremos temporales?*

¿Cuál es la entidad obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la accionante?

Para dar respuesta a los interrogantes planteados, se analizará: **i)** el fundamento jurídico sobre la sanción moratoria en el régimen especial de los docentes; **ii)** los hechos relevantes acreditados; y **iii)** el caso concreto.

2. Fundamento jurídico

2.1. Reconocimiento de la sanción por mora

La Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º consagra los términos dentro de los cuales la administración debe resolver las peticiones que eleven sus empleados para el reconocimiento y pago de las cesantías, así:

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

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

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...). (Se resalta)

La mencionada ley, en su artículo 5, reguló lo concerniente a la sanción moratoria:

“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”.

De esta manera, una vez presentada la solicitud de pago de las cesantías definitivas la entidad cuenta con un término de quince (15) días para expedir el acto de reconocimiento. Además, en el evento de que la solicitud esté incompleta el empleador debe manifestarlo así al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen pueda proferir el acto que reconozca la prestación en el término inicialmente indicado.

Así, (i) el plazo con el que cuenta la entidad pagadora para el desembolso de las cesantías definitivas o parciales comienza a computarse desde la firmeza del acto administrativo que lo dispuso, y desde ese instante, la administración tiene el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo de la norma en cita, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado² sostuvo que, la administración cuenta con 45 días hábiles para el pago de la prestación social, contados a partir del momento en que adquiere firmeza el acto administrativo que la reconoce, y agregó que dicho término solo se puede contar desde la ejecutoria del acto administrativo que dio respuesta a la petición y no desde que se radicó. Así lo interpretó la Sala al indicar que:

“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria (...).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Número interno: 2777-2004.

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria”.

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018³, el Consejo de Estado reafirmó la postura precitada y la complementó en el sentido de precisar que la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías surge a partir de su notificación en los términos dispuestos por el CPACA, como se indica a continuación:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía, expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, si el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

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

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

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

³ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

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

De esa suerte, y, en este primer escenario (pronunciamiento en tiempo de la administración), es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías parciales o definitivas, lo que determina el momento en que se causa la sanción moratoria y, en esa misma medida, la instancia en donde surge el derecho a su reclamación.

Sin embargo, y en procura de analizar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la expedición y notificación del acto administrativo que reconoce y ordena el pago del auxilio de cesantías, la sentencia en comentó sentó jurisprudencia en los siguientes términos:

“3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁴ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, **5 días para citar al petitionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio.** De igual modo, que cuando el petitionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto”.

Conforme a lo anterior, es claro que el segundo escenario respecto del cual se verifica la ocurrencia de la penalidad moratoria contempla la no manifestación de voluntad de la administración a través de un acto administrativo conferido bajo los términos planteados en

⁴ Artículos 68 y 69 CPACA.

el primer escenario, o la expedición del mismo de manera inoportuna y contraria a los lapsos que para los efectos ha definido la ley.

En otras palabras, cuando el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas no es proferido o se emite con posterioridad a los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se hace exigible pasados 70 días hábiles contados desde la fecha de radicación de la petición, siempre que la misma haya sido presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, el término a partir del cual es exigible la sanción moratoria dependerá de si el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas fue expedido dentro del tiempo legalmente previsto para ello, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud.

La sentencia en comento además ilustró sobre la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
<i>PETICIÓN SIN RESPUESTA</i>	<i>No aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<i>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)</i>	<i>Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
<i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
<i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>	<i>Aviso</i>	<i>10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>
<i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>	<i>Sin notificar o notificado</i>	<i>10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁵</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>67 días posteriores a la</i>

⁵ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el

	<i>fuera de término</i>			<i>expedición del acto</i>
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En cuanto al salario base de liquidación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, señaló:

*“3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo”.*

2.2. Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado⁶ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”.*

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019

aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.
⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

del 25 de mayo de 2019⁷ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.*

⁷ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”. (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022⁸ dispuso:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria

⁸ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

3. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, el 26 de junio de 2020.⁹
- Mediante Resolución 2196-6 del 14 de julio de 2020, la Secretaría de Educación de Caldas, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, la cual fue notificada por correo electrónico el 15 de julio de 2020, quedando ejecutoriada el 30 de julio de 2020.¹⁰
- Según certificación de pago de cesantía expedido por la Fiduprevisora, las cesantías fueron puestas a disposición de la docente, el 15 de octubre de 2020.¹¹

4. Análisis del caso concreto

De conformidad con el marco jurídico expuesto, son dos los momentos que determinan la causación de la sanción moratoria y el punto de partida para fijar el monto de dicha indemnización: (i) el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas o parciales, siempre que sea expedido dentro del término legal; y (ii) el vencimiento de los sesenta y cinco (65) o setenta días (70) hábiles siguientes a la fecha de reclamación de las mismas o la de la solicitud de reliquidación, cuando no se emitió respuesta por parte de la administración o se hizo de manera extemporánea.

De acuerdo con los hechos acreditados, se tiene que, la solicitud de pago de cesantías fue radicada el 26 de junio de 2020, por lo que el término para emitir el acto de reconocimiento vencía el 21 de julio de 2020, por tanto, como quiera que este fue expedido el 14 de julio de 2020, se tiene que fue emitido en tiempo.

Ahora, como la notificación fue realizada a través de correo electrónico el 15 de julio de 2020, esto es, al día hábil de expedición del acto, se tiene que ella fue oportuna, pues se realizó dentro de los 12 días siguientes a la expedición del acto; ello de conformidad con el artículo 56 del CPACA que establece que: “...La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda a la misma, hecho que deberá ser certificado por la administración” en concordancia con los artículos 68 y 69 ibidem que establecen el término para que la entidad

⁹ F. 10 Archivo digital: 17

¹⁰ F. 10-12 Archivo digital: 25

¹¹ F 4 Archivo digital: 31

intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio.

Al respecto el Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹² indicó:

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

Por lo tanto y como quiera que el docente no interpuesto recursos contra el acto, resulta aplicable la siguiente subregla señalada en la sentencia de unificación¹³:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
<i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>

Así, los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo, vencían el 30 de julio de 2020; y a partir del día hábil siguiente, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 45 días para materializar el pago de las cesantías, es decir, hasta el 5 de octubre de 2020, pero este solo se realizó el 15 de octubre de 2020, fecha en que el dinero fue puesto a disposición de la demandante por primera vez.

En ese orden de ideas, es claro que, se configuró la mora en el pago de las cesantías, desde el 6 de octubre de 2020, hasta el 14 de octubre de 2020, tal como fue señalado por el *a quo*, por lo tanto, no le asiste razón a la entidad apelante y en este aspecto se confirmará la sentencia.

Ahora, en cuanto a la entidad obligada a responder por el pago de la sanción moratoria, de acuerdo a la información aportada al expediente, se tiene que la Secretaria de Educación remitió la Resolución de reconocimiento de las cesantías a la Fiduprevisora, mediante Oficio PS 0585 del 31 de julio de 2020,¹⁴ esto es, al día hábil siguiente de su ejecutoria.

De acuerdo con lo expuesto, no se evidencia demora en la Secretaría de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fomag.

Así, lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de

¹² Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

¹³ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

¹⁴ FL 18 A.D. 17

Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el parágrafo transitorio¹⁵ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

4. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, generada entre el 06 de octubre de 2020 inclusive, hasta el 14 de octubre de 2020 inclusive, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

4. Costas en esta instancia

¹⁵ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.

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

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

III. RESUELVE:

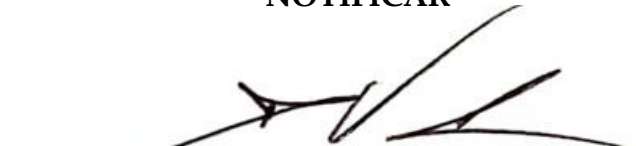
PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Diana Vinasco Vargas contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y 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. 61 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. 228

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00031-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carlos Arturo Ocampo Ospina
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 el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM. 198 del 08 de septiembre de 2021, expedido por la profesional universitario nómina de la Secretaria de Educación territorial, 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 de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir el pago de cesantías e intereses de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial*

extemporáneamente”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia de deber de la Nación – Mineducación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa – liquidación de la cesantía -, realizada por el ente territorial, con la de – consignación de la cesantía -, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990”, “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “técnica de distinción (distinguishing) como razón para lo aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “no procedencia de la condena en costas” y “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”*; *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no 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 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

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

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

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

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

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿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

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. (...).

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

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

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la 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

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

la terminación del contrato de trabajo.

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

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad 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:

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”.

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”.

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

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo -**que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío 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.

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.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

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

¹¹ Sentencia SU041/20

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

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

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

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003

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 cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 1º 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.-198 del 8 de septiembre de 2021 suscrito por la Profesional Universitario de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas se niega lo solicitado.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

¹⁵ F. 20-21 Archivo digital: 05

¹⁶ F. 1-5 Archivo digital: 05

¹⁷ F. 6 Archivo digital: 05

Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.

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

6. Conclusión

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

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

7. Costas en esta instancia

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

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

III. RESUELVE:

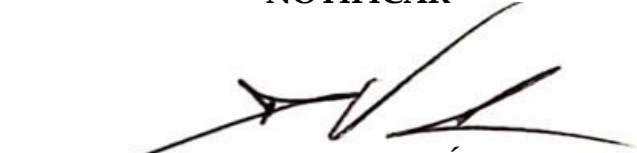
PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Carlos Arturo Ocampo Ospina contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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. 61 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

A. de Sustanciación: 173-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00059-02
Demandante: Luz Carime Cortes
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 30 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 4 de julio de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación el 17 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes that form a stylized representation of the name 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 280

RADICADO: 17001-33-39-009-2022-00109-02

NATURALEZA: Repetición

EJECUTANTE: Nación – Ministerio de Educación - Fomag

EJECUTADO: Juan Carlos Gómez Montoya

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por falta de corrección.

I. Antecedentes.

Mediante auto del 28 de febrero de 2023, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales dispuso el rechazo de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

Mediante auto del 7 de febrero de 2023, notificado por estado el día siguiente, se inadmitió la demanda y se concedió a la parte actora un término de diez (10) días para que subsanara el medio de control en los siguientes aspectos (archivo 006, expediente electrónico):

«1. De conformidad con lo previsto en el artículo 74 del Código General del Proceso, deberá presentar un nuevo poder en el que se identifique claramente el asunto a demandar, esto es, deberá indicar específicamente el objeto del medio de control y lo que se pretende con este. Lo anterior, en tanto se han formulado múltiples demandadas de repetición con los mismos extremos procesales.

2. Atendiendo lo establecido en el inciso segundo del artículo 142 del CPACA, deberá aportar certificación en la que se indique la calidad de pagadora o tesorera de la señora Cindy Katherine Puentes Aguas, Coordinadora de Nómina del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En su defecto, deberá allegar constancia del pagador o tesorero de la entidad en la que se evidencie el pago realizado, que originó el medio de control.

3. Deberá anexar los documentos pertinentes para demostrar la calidad del demandado como agente del Estado.

4. De acuerdo con lo señalado en el numeral 8º del artículo 162 del CPACA, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, deberá acreditar el envío de la corrección de la demanda y sus anexos a la parte demandada».

Transcurrido el término legal conferido para tal efecto, la parte actora no allegó escrito de corrección en la forma indicada por el Juzgado (archivo 008, expediente electrónico).

Así las cosas, en tanto la parte demandante omitió subsanar la demanda conforme le fue ordenado en el auto del 7 de febrero de 2023, el Despacho deberá adoptar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 170 del CPACA¹ y, en tal sentido, rechazar la demanda.

Contra el referido proveído la parte demandante interpuso recurso de apelación pues según dice, dentro del término legalmente conferido, hizo llegar vía correo electrónico, la corrección de la demanda de conformidad con lo indicado por el Despacho a quo.

Explica entonces que, el 22 de febrero del 2022 a las 12:56 p.m., fue remitida la subsanación de la demanda al correo j09adminmzl@cendoj.ramajudicial.gov.co , dejando ver la captura de pantalla plasmada en el memorial de apelación.

II. Consideraciones de la Sala

Sea lo primero indicar que, la consecuencia procesal de omitir la carga de corregir la demanda en el sentido indicado en el auto inadmisorio, es el rechazo de la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

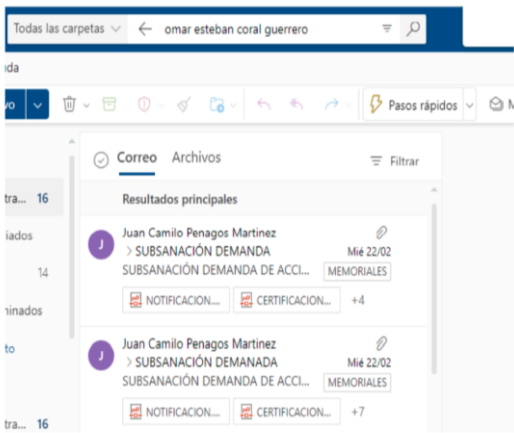
El a quo sostiene que la subsanación de la demanda ordenada dentro del proceso de la referencia no fue allegada al Despacho; y frente a lo dicho por el actor en el recurso de apelación, emite la siguiente constancia que obra en el Archivo 012 de la Carpeta digital. Veamos:

Se informa que dentro del proceso que por el medio de control de REPETICION adelanta NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL contra JUAN CARLOS GÓMEZ MONTOYA, radicado 170013333-009-2022-00109, fue presentado recurso de apelación contra el auto del 28 de febrero de 2023, por medio cual se rechazó la demanda, lo que realizó dentro del término de ejecutoria.

Respecto de las razones que dan origen a la presentación del recurso se debe poner de presente que, entre las mismas partes el mismo día (13/12/2022) fueron presentados tres procesos, radicados bajo los números 2022-00109, 2022-00110 y 2022-00111.

Las tres demandas fueron inadmitidas por autos del 07 de febrero de 2023, notificados por estados al día siguiente.

El 22 de febrero de 2023 se recibieron dos correos electrónicos provenientes del correo del apoderado de la parte demandante, tal y como se aprecia a continuación:



El que tiene la anotación de +7 que se recibió en el correo del despacho a las 12:58, y que es el relacionado por el apoderado en su escrito de apelación, corresponde a la subsanación de la demanda a la que corresponde el **radicado 2022-00110**.

CorreoArchivosFiltrar

Resultados principales

Juan Camilo Penagos Martínez

SUBSANACIÓN DEMANDA

SUBSANACIÓN DEMANDA DE ACCL...

MEMORIALES

NOTIFICACION...CERTIFICACION...+4

Juan Camilo Penagos Martínez

SUBSANACIÓN DEMANDA

SUBSANACIÓN DEMANDA DE ACCL...

MEMORIALES

NOTIFICACION...CERTIFICACION...+7

Omar Esteban Coral Guerrero

Subsanación demanda

Buenas tardes. Adjunto subsanació...

MEMORIALES

009-2022-0005...Subsanación de...+5

Todos los resultados

Paula Ximena Vargas Guarín

REMITO OFICIO PETICION PREVIA RA...

Lun 13/03

Cordial saludo. De manera atenta l...

MEMORIALES

OficioOficial...DESAMQ023-6...+2

Omar Esteban Coral Guerrero

Subsanación demanda

Buenas tardes. Adjunto subsanació...

MEMORIALES

009-2022-0005...Subsanación de...+5

SUBSANACIÓN DEMANADA

9 archivos adjuntos

El remitente del mensaje ha solicitado confirmación de lectura. Para enviar una confirmación, haga clic aquí.

Juan Camilo Penagos Martínez <jpenagos@mineduacion.gov.co>

Para: Juzgado 09 Administrativo Sin Sección - Oral - Caldas - Ma 22/02/2023 12:58

CC: juangomez20@hotmail.com y 2 más

NOTIFICACION.pdf

Mostrar los 6 datos adjuntos (9 MB)

Guardar todo en OneDrive - Consejo Superior de la JudicaturaDescargar todo

SUBSANACIÓN DEMANDA DE ACCIÓN DE REPETICIÓN

DEMANDANTE: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

APODERADO: OMAR ESTEBAN CORAL GUERRERO - CC 12746878

1.1 DEMANDADOS

• FUNCIONARIOS DEL ENTE TERRITORIAL CERTIFICADO DE MANIZALES

NUMERO_DOCUMENTO_FUNCIONARIO_ET	NOMBRE_APELLIDO_FUNCIONARIO_ET	CARGO_FUP
10.287.719	JUAN CARLOS GOMEZ MONTOYA	SECRETARIO DE EDU...

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Señores: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES E. S. D.

Radicación: 17001 33 33 009 2022 00110 00

Acción: ACCIÓN DE REPETICIÓN

Demandante: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Demandado: JUAN CARLOS GÓMEZ MONTOYA

Asunto: Memorial que subsana requisitos de Auto Inadmisorio de Demanda.

OMAR ESTEBAN CORAL GUERRERO, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía número 12.746.878 abogado en ejercicio, portador de la T. P. No. 153634 C. S. J., en ejercicio del Poder que me fuera conferido por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, conforme al anexo, acudo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN establecida en el artículo 90 de la Constitución Nacional y reglamentada por la Ley 678 de 2001, modificada por la Ley 2195 de 2022, en contra del demandado JUAN CARLOS GOMEZ MONTOYA, con fundamento en los siguientes presupuestos.

Me permito presentar ante su despacho memorial que subsana yerros de demanda, en cumplimiento de requisitos exigidos mediante auto del 27 de enero de 2023 que inadmite demanda, notificada mediante estado 014 del 30 de enero 2023, a saber:

AL REQUERIMIENTO PRIMERO: se permite remitir a este juzgado el poder indicando claramente el asunto a demandar, el objeto del medio de control y lo que se pretende.

El que tiene la opción +4 que se recibió en el despacho a las 13:00 horas, corresponde a la subsanación de la demanda que corresponde al radicado 2022-00111.

CorreoArchivosFiltrar

Resultados principales

Juan Camilo Penagos Martínez

SUBSANACIÓN DEMANDA

SUBSANACIÓN DEMANDA DE ACCL...

MEMORIALES

NOTIFICACION...CERTIFICACION...+4

Juan Camilo Penagos Martínez

SUBSANACIÓN DEMANDA

SUBSANACIÓN DEMANDA DE ACCL...

MEMORIALES

NOTIFICACION...CERTIFICACION...+7

Omar Esteban Coral Guerrero

Subsanación demanda

Buenas tardes. Adjunto subsanació...

MEMORIALES

009-2022-0005...Subsanación de...+5

Todos los resultados

Paula Ximena Vargas Guarín

REMITO OFICIO PETICION PREVIA RA...

Lun 13/03

Cordial saludo. De manera atenta s...

MEMORIALES

OficioOficial...DESAMQ023-6...+2

Omar Esteban Coral Guerrero

Subsanación demanda

Buenas tardes. Adjunto subsanació...

MEMORIALES

009-2022-0005...Subsanación de...+5

SUBSANACIÓN DEMANDA

6 archivos adjuntos

El remitente del mensaje ha solicitado confirmación de lectura. Para enviar una confirmación, haga clic aquí.

Juan Camilo Penagos Martínez <jpenagos@mineduacion.gov.co>

Para: Juzgado 09 Administrativo Sin Sección - Oral - Caldas - Ma 22/02/2023 13:00

CC: juangomez... y 2 más

NOTIFICACION.pdf

Mostrar los 6 datos adjuntos (9 MB)

Guardar todo en OneDrive - Consejo Superior de la JudicaturaDescargar todo

SUBSANACIÓN DEMANDA DE ACCIÓN DE REPETICIÓN

DEMANDANTE: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

APODERADO: OMAR ESTEBAN CORAL GUERRERO - CC 12746878

1.1 DEMANDADOS

• FUNCIONARIOS DEL ENTE TERRITORIAL CERTIFICADO DE MANIZALES

NUMERO_DOCUMENTO_FUNCIONARIO_ET	NOMBRE_APELLIDO_FUNCIONARIO_ET	CARGO_FUP
10.287.719	JUAN CARLOS GOMEZ MONTOYA	SECRETARIO DE EDU...

Subsanacion de demanda.pdf

Descargar

Imprimir

Guardar en OneDrive

Outlook correo electrónico

SUBSANACIÓN DEMANDA

5

El remitente del mensaje ha solicitado confirmación de lectura. Para enviar una confirmación, haga clic aquí.

Juan Camilo Penagos Martínez <jpenagos@mineduacion.gov.co>

Para: Juzgado 09 Administrativo Sin Sección - Oral - Caldas - Ma 22/02/2023 13:00

CC: juangomez... y 2 más

NOTIFICACION.pdf

CERTIFICACIONES DIRECCIO...

CINDY KATHERINE PUEENTES...

DemandaJUANCARLOSSGOM...

PODER 3.pdf

Subsanacion de demanda.pdf

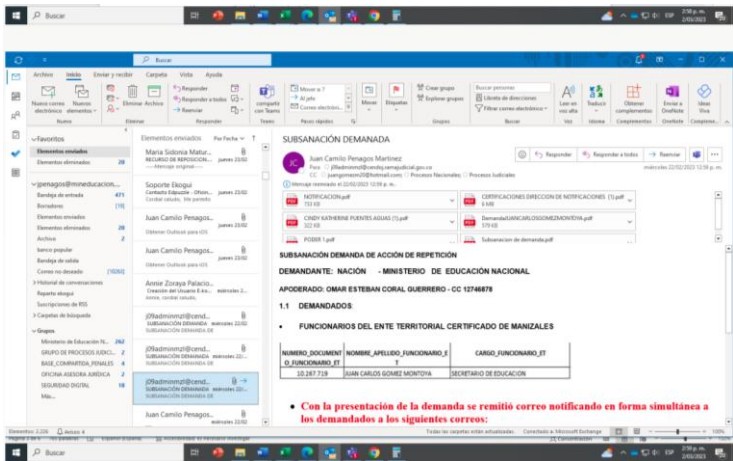
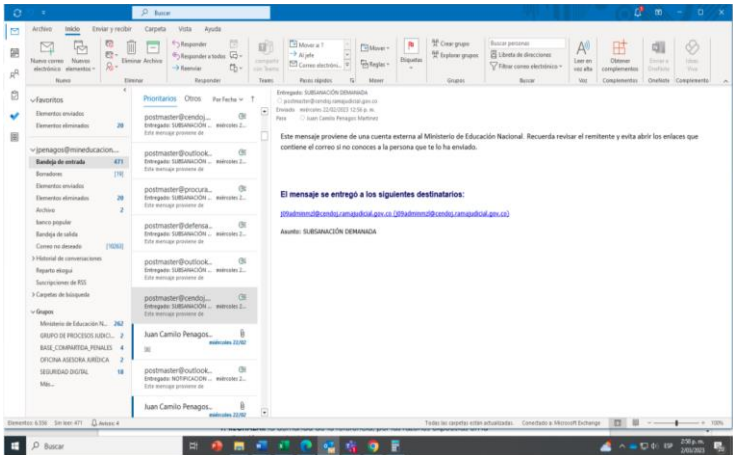
6 archivos adjuntos (9 MB)

Guardar todo en OneDrive - Consejo Superior de la Judicatura

3

Se insiste que revisado en su integridad el correo electrónico del despacho en las fechas relacionadas por el apoderado de la parte demandante, solo se recibieron escritos de subsanación para los procesos 2022-00110 y 2022-00111, los que resultaron admitidos por su oportuna subsanación, mas no se recibió escrito de subsanación para el proceso 2022-00109.

La parte demandante sostiene que la subsanación correspondiente al proceso radicado 2022-00109 sí fue enviada al correo de la Juzgado el 22 de febrero de 2023 a las **12:56 horas** y aporta la siguiente captura de pantalla:



Dado lo anterior, con el fin de lograr la trazabilidad del referido correo, se requirió a la Mesa de Ayuda del Consejo Superior de la Judicatura, la cual certificó lo siguiente:

De acuerdo con la reglamentación contenida en la Ley 527 de 1999, la Mesa de Ayuda de Correo Electrónico informa que realizada la verificación el día 10/4/2023, sobre la trazabilidad del mensaje solicitado se encuentran los siguientes hallazgos:

Se realiza la verificación del mensaje enviado desde la cuenta "ipenagos@mineduccion.gov.co" con el asunto: "SURSANACIÓN DEMANADA" y con destinatario "j09adminmzl@cendoj.ramajudicial.gov.co"

Una vez efectuada la validación en servidor de correo electrónico de la Rama Judicial, se confirma que el mensaje descrito "SI" fue entregado al servidor de correo del destino, en este caso el servidor con dominio "cendoj.ramajudicial.gov.co" el mensaje con el ID "B2EPR20MB2243AC806327A09A31EAD3B94AA9@BNBPR20MB2243.namprd20.prod.outlook."

Com" en la fecha y hora 2/22/2023 12:56:00 PM

En todo caso, es pertinente aclarar que:

1. Las certificaciones que emite la mesa de ayuda de correo electrónico se obtienen con las trazabilidades que se generan entre la comunicación de los servidores del correo remitente y destinatario, con esta información se valida, si un mensaje fue entregado al servidor de destino.
2. Se debe tener presente que dichas validaciones se realizan en el servidor de correo electrónico de la Rama Judicial, no es posible realizar validaciones y/o certificaciones en servidores de correo externos.
3. El formato de la fecha es mm/dd/aaaa

Con base en lo anterior se puede establecer que el correo enviado por la parte demandante el día 22 de febrero de 2023 siendo las 12:56:00 PM desde la cuenta ipenagos@mineduccion.gov.co, sí fue entregado al servidor de correo del destino j09adminmzl@cendoj.ramajudicial.gov.co el día 22 de febrero de 2023 siendo las 12:56:00 PM.

De conformidad con lo señalado, la Sala revocará el auto proferido el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por falta de corrección. En consecuencia, el a quo deberá proceder a estudiar los documentos remitidos por la parte demandante el día 22 de febrero de 2023 siendo las 12:56:00 PM desde la cuenta ipenagos@mineduccion.gov.co, a fin de pronunciarse sobre la admisión de la demanda.

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

III. Resuelve

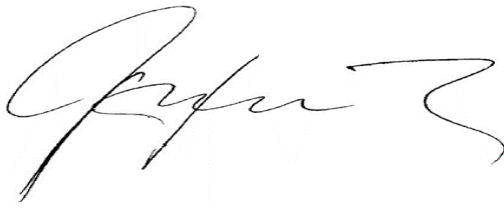
Primero: Revocar el auto proferido el 28 de febrero de 2023 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por falta de corrección. En consecuencia,

Segundo: El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales debe estudiar los documentos remitidos por la parte demandante el día 22 de febrero de 2023 siendo las 12:56:00 PM desde la cuenta ipenagos@mineduccion.gov.co, a fin de pronunciarse sobre la admisión de la demanda.

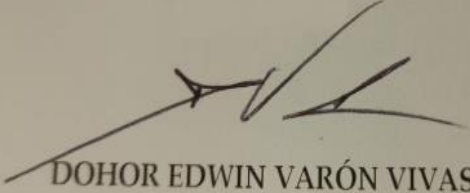
Tercero: En firme esta providencia, **devuélvase** la actuación al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

A. de Sustanciación: 169-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-007-2022-00123-02
Demandante: Luz Myriam Betancurt
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 29 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 30 de junio de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación el 12 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 229

Manizales, trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00133-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Yeimi Lorena Castro Quiñonez
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. 426 del 22 de septiembre de 2021, expedido por la profesional universitario nómina de la Secretaria de Educación territorial, 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 de: *“Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales”*; *“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”*; *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no 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 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

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

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

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

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

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

2. Tesis del tribunal

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

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

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

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

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

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. (...)”.

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 (...).”.

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

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

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”.

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”.

día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”* lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío 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

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.

interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

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

Como fundamento de ello señaló:

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

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:

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)

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

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

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

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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

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

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.

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

Así 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 1º 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.-426 del 22 de septiembre de 2021 suscrito por la Profesional Universitario de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas se niega lo solicitado.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

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

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

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

¹⁵ F. 26 Archivo digital: 05

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 05

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 05

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente

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.

¹⁹ 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:

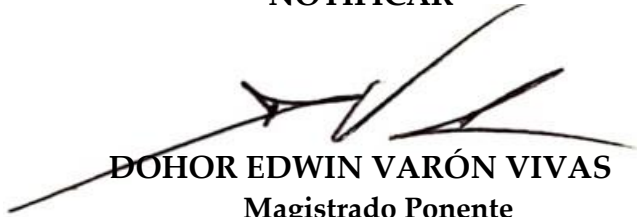
PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 28 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Yeimi Lorena Castro Quiñonez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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. 61 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
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

A.I. 285

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACION	17-001-23-33-000-2022-00192-00
MEDIO DE CONTROL	POPULAR
DEMANDANTE	ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE NEIRA – CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS – CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS –CHEC
VINCULADOS	DEPARTAMENTO DE CALDAS – CONJUNTO MAKADAMIA CASAS CAMPESTRES E CONSTRUCTORA INVERSIONES HERRON S.A.S.

Previo a conceder los recursos de apelación formulados por las demandadas y vinculadas, el Despacho debe determinar en primer lugar, la procedencia del recurso de reposición interpuesto por la apoderada de Inversiones Herron S.A.S.

El artículo 36 de la ley 472 de 1998, dispone que: *“Contra los autos dictados durante el trámite de la Acción Popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil.”*. Y, el artículo 37 precisa: *“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 deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente”*.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la providencia contra la cual se interpone el recurso de reposición y en subsidio apelación es una sentencia, y que, contra ésta solo procede el recurso de apelación, se rechaza por improcedente el recurso de reposición presentado por la vinculada Inversiones Herrón S.A.S.; y, por su oportunidad y procedencia **se conceden los recursos de apelación** interpuestos por

el demandado municipio de Neira, y por las vinculadas Conjunto Makadamia Casas Campestres e Inversiones Herrón S.A.S. (Documentos 093, 094 y 095 del expediente digital), contra la contra la Sentencia No. 146 proferida por esta Corporación el dieciocho (18) de agosto de 2023 (Documento 091 del expediente digital), recurso que se concede en el efecto **DEVOLUTIVO**.

Una vez en firme el presente auto, se remitirá de forma inmediata el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se desate el respectivo recurso, previas las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia XXI.

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: **f98f5b076647a617e7fe6ad7e3ffda5d17bd4a8baebfb74a7d0a870485b32810**

Documento generado en 13/10/2023 02:48:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 231

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00245-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Alejandro Álvarez Cortes
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG) y el departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo 0464-6 del 3 de febrero de 2022, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 20 de junio de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 4041 del 05 de julio de 2019 y pagada el 16 de octubre de 2019. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos

1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. Nación - Ministerio de Educación - Fomag

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, no reposa dentro del expediente prueba idónea que logre demostrar que la entidad incurrió en mora del pago de las cesantías parciales, o que acredite que efectivamente el pago se realizó en la fecha que aduce la parte demandante, pues no acredita la apoderada de la parte accionante que esta haya presentado solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora o hay una demora en el pago de las cesantías del docente.

Que las radicaciones de solicitudes de reconocimiento de prestaciones deben ser radicadas en la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial, de conformidad con la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Propuso como excepciones de fondo, las siguientes: - *" DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA"; "LITISCONSORCIO NECESARIO POR PASIVA"; "LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD"; "IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS"; "CADUCIDAD"; "PRESCRIPCIÓN"; "COMPENSACIÓN"; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"; "COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* .

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, por disposiciones legales y reglamentarias, la Secretaria de Educación se encarga únicamente de recibir y radicar las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial de acuerdo a los requisitos establecidos previamente por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del fondo, en este caso, la fiduciaria Fiduprevisora.

Propuso las excepciones: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"; "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY" Y "BUENA FE"*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad del acto administrativo 0464-6 del 3 de febrero de 2022, fundadas las excepción denominadas “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*” Y “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*” propuestas por el departamento de Caldas, y en consecuencia, ordenó a la Nación – Ministerio de Educación - Fomag a reconocer y pagar a favor del demandante, la suma correspondiente a la sanción moratoria prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, causada desde el 27 de septiembre de 2019 al 15 de octubre de 2019 inclusive, La sanción deberá ser pagada con base en el salario percibido por la demandante por el año 2019; además ordenó indexar las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de sanción moratoria, **sin condena en costas**.

Para ello señaló que, se encuentra probado en el expediente que, una vez expedido el acto administrativo Nro. 4041-6 del 5 de julio de 2019 por parte del Departamento de Caldas en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedó ejecutoriado el 23 de julio del 2019, siendo remitido para su pago mediante oficio PS 1545 del 24 de julio del 2019 a la Fiduciaria La Previsora S.A., esto es, dentro del término previsto en el Decreto 2831 de 2005 artículo 3º. Que el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestación realizó el pago el 16 de octubre de 2019, a través de la Fiduprevisora incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello, en consecuencia, se responsable de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 27 de septiembre de 2019 al 15 de octubre de 2019, sanción que será pagada de acuerdo con el salario percibido por la docente en el 2019.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia por cuanto se observa que el Juzgador de primera instancia se equivoca al momento de los extremos temporales de la sanción moratoria, teniendo en cuenta, lo siguiente:

<i>Fecha Solicitud De Cesantías</i>	<i>Fecha Pago Oportuno</i>	<i>Fecha Inicio Mora</i>	<i>Fecha Pago Y/O Puesta A Disposición Los Dineros</i>	<i>Mora Hasta El Día Antes Del Pago Y/O Puesta Disposición De Los Dineros</i>	<i>Total Días En Mora</i>
20-06-2019	02-10-2019	03-10-2019	16-10-2019	15-10-2019	13

Que en diferentes pronunciamientos, el Consejo de Estado enseña que, se debe tomar como fecha de pago de las cesantías el día en que se pusieron a disposición los dineros a favor del docente, por cuanto si se toma la fecha en que el docente cobra los dineros, se estaría atentando gravemente en contra de los intereses y patrimonio público. Por lo que en el presente caso se deberá tomar la fecha en que se pusieron a disposición los dineros a favor de la parte demandante.

Por último refirió que es improcedente la condena en costas, por cuanto ha actuado en el curso del proceso en buena fe, conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Se encuentra adecuadamente reconocida la sanción moratoria a favor de la demandante o por el contrario, el a quo incurrió en un error al definir sus extremos temporales?*

Para resolver el interrogante planteado se analizará: i) al marco jurídico sobre la sanción moratoria en el pago de las cesantías; ii) los hechos acreditados; y iii) el caso concreto.

2. Marco jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

La Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º consagra los términos dentro de los cuales la administración debe resolver las peticiones que eleven sus empleados para el reconocimiento y pago de las cesantías, así:

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

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

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...). (Se resalta)

La mencionada ley, en su artículo 5, reguló lo concerniente a la sanción moratoria:

“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”.

De esta manera, una vez presentada la solicitud de pago de las cesantías definitivas la entidad cuenta con un término de quince (15) días para expedir el acto de reconocimiento. Además, en el evento de que la solicitud esté incompleta el empleador debe manifestarlo así al petitionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud y

señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen pueda proferir el acto que reconozca la prestación en el término inicialmente indicado.

Así, (i) el plazo con el que cuenta la entidad pagadora para el desembolso de las cesantías definitivas o parciales comienza a computarse desde la firmeza del acto administrativo que lo dispuso, y desde ese instante, la administración tiene el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo de la norma en cita, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ sostuvo que, la administración cuenta con 45 días hábiles para el pago de la prestación social, contados a partir del momento en que adquiere firmeza el acto administrativo que la reconoce, y agregó que dicho término solo se puede contar desde la ejecutoria del acto administrativo que dio respuesta a la petición y no desde que se radicó. Así lo interpretó la Sala al indicar que:

“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria (...).

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria”.

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018², el Consejo de Estado reafirmó la postura precitada y la complementó en el sentido de precisar que la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías surge a partir de su notificación en los términos dispuestos por el CPACA, como se indica a continuación:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía, expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, si el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Número interno: 2777-2004.

² Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018.

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

99. *En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.*

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

101. *Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.*

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

De esa suerte, y, en este primer escenario (pronunciamiento en tiempo de la administración), es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías parciales o definitivas, lo que determina el momento en que se causa la sanción moratoria y, en esa misma medida, la instancia en donde surge el derecho a su reclamación.

Sin embargo, y en procura de analizar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la expedición y notificación del acto administrativo que reconoce y ordena el pago del auxilio de cesantías, la sentencia en comentó sentó jurisprudencia en los siguientes términos:

“3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles

después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, **5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio.** De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computadles para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto”.

Conforme a lo anterior, es claro que el segundo escenario respecto del cual se verifica la ocurrencia de la penalidad moratoria contempla la no manifestación de voluntad de la administración a través de un acto administrativo conferido bajo los términos planteados en el primer escenario, o la expedición del mismo de manera inoportuna y contraria a los lapsos que para los efectos ha definido la ley.

En otras palabras, cuando el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas no es proferido o se emite con posterioridad a los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se hace exigible pasados 70 días hábiles contados desde la fecha de radicación de la petición, siempre que la misma haya sido presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, el término a partir del cual es exigible la sanción moratoria dependerá de si el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas fue expedido dentro del tiempo legalmente previsto para ello, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud.

La sentencia en comento además ilustró sobre la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

Hipótesis	Notificación	Corre ejecutoria	Término pago cesantía	Corre moratoria
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En cuanto al salario base de liquidación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, señaló:

“3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo”.

3. Hechos relevantes acreditados

➤ La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 20 de junio de 2019.⁵

⁴ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

⁵ F. 1-3 Archivo digital: 02

- Mediante Resolución 4041-6 del 5 de julio de 2019, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, siendo notificada vía correo electrónico el 9 de julio siguiente.⁶
- Según certificación de pago de cesantía expedido por la Fiduprevisora, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 16 de octubre de 2019.⁷

4. Análisis del caso concreto

De acuerdo con los hechos acreditados se tiene que, la solicitud de pago de cesantías fue radicada el 20 de junio de 2019, por lo que el término para emitir el acto de reconocimiento vencía el 15 de julio de 2019, por tanto, como quiera que este fue expedido el 5 de julio de 2019, se tiene que fue emitido en tiempo.

Ahora, como la notificación fue realizada a través de correo electrónico el 9 de julio siguiente, esto es, al segundo día hábil de expedición del acto, se tiene que ella fue oportuna, pues se realizó dentro de los 12 días siguientes a la expedición del acto; ello de conformidad con el artículo 56 del CPACA que establece que: “...*La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda a la misma, hecho que deberá ser certificado por la administración*” en concordancia con los artículos 68 y 69 ibidem que establecen el término para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio.

Al respecto el Consejo de Estado en la cita sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁸ indicó:

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

Por lo tanto y como quiera que el docente no interpuesto recursos contra el acto, resulta aplicable la siguiente subregla señalada en la sentencia de unificación⁹:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

Así, los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo, vencían el 23 de julio de 2019; y a

⁶ F. 19-20 Archivo digital: 02; F. 5 Archivo digital: 02;
⁷ F 21 Archivo digital: 02
⁸ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018
⁹ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

partir del día hábil siguiente, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 45 días para materializar el pago de las cesantías, es decir, hasta el 26 de septiembre de 2019, pero este solo se realizó el 16 de octubre de 2019.

En ese orden de ideas, es claro que, se configuró la mora en el pago de las cesantías, desde el 27 de septiembre de 2019, hasta el 15 de octubre de 2019, tal como lo indicó el *a quo* en la sentencia.

En cuanto al salario base de liquidación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes citada, precisó:

*“3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo”.*

Por tanto, al tratarse el presente asunto del reconocimiento de una cesantía parcial para estudio, el salario base para calcular la sanción moratoria es **la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo**; esto es, la vigente para **septiembre de 2019**.

5. Conclusión

Por lo tanto, no prospera el argumento expuesto por la apelante en cuanto a la existencia de un error en la determinación de los extremos temporales de la sanción moratoria, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

No hay lugar a pronunciamiento sobre los argumentos expuestos en la apelación sobre la condena en costas, toda vez que esta no fue impuesta en la sentencia de primera instancia.

6. Costas en esta instancia

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

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

III. RESUELVE:

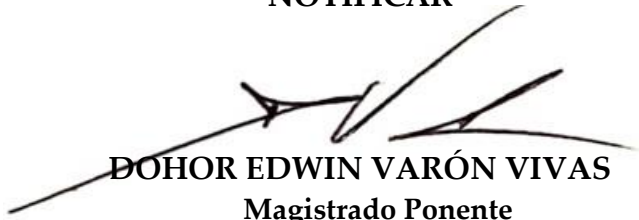
PRIMERO: Se **confirma** con las precisiones expuestas, la sentencia del 28 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Alejandro Álvarez Cortes contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo 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. 61 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

A. de Sustanciación: 175-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00303-02
Demandante: Carlos Alberto Pamplona
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 22 de agosto de 2023. La anterior providencia fue notificada el 23 de agosto de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación el 9 de septiembre de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the name of the official.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A. de Sustanciación: 176-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00317-02
Demandante: Marco Aurelio Vargas
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 22 de agosto de 2023. La anterior providencia fue notificada el 23 de agosto de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación el 1 de septiembre de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the name of the official.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 283

RADICADO: 17001-33-33-003-2022-00418-02

NATURALEZA: Proceso Ejecutivo

EJECUTANTE: Venus Ingeniería de Software Ltda.

EJECUTADO: Hospital San Marcos de Chinchiná E.S.E.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto que negó el mandamiento de pago.

I. Antecedentes.

1. Auto apelado.

Mediante auto del 27 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales resolvió *“NEGAR la solicitud de mandamiento ejecutivo solicitado por Venus Ingeniería de Software Limitada, en contra de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná.”*

En relación con los procesos ejecutivos derivados de las actas de liquidación de los contratos celebrados por entidades públicas, citó la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

Cuando se realiza la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo del contrato, la respectiva acta suscrita entre las partes, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las mismas, de tal suerte que dicho documento constituye título ejecutivo, y ello es así, como quiera que dicho acto se constituye en un negocio jurídico extintivo en el que las partes en ejercicio de su autonomía privada definen las cuentas del mismo, precisan el estado en que quedaron las prestaciones –créditos y deudas recíprocas - y se obligan a lo estipulado en el documento que se suscribe y la contiene.

Igualmente atendiendo la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio inveterado de la corporación que si se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, y no se deja salvedad en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes en el acta en la que se vierte el negocio jurídico que extingue el contrato, no es posible que luego prospere una demanda judicial de pago de prestaciones surgidas del contrato. Así, sobre los efectos que se desprenden del acta de liquidación de un contrato suscrita por acuerdo entre las partes, la Sala también se ha pronunciado en los siguientes términos: el acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que puedan afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. En suma, el acta de liquidación suscrita entre las partes constituye título ejecutivo... (Resalta el a quo)

¹ Consejo de Estado, Sala Plena, Auto del 7 de diciembre de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2009-0019-02. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. Criterio reiterado por la Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de julio de 2014 Expediente 28595, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón.

Afirma que la obligación que se pretende ejecutar proviene de un contrato de prestación de servicios de transmisión de datos, en virtud del cual se generaron diversas facturas que no fueron canceladas por la entidad ejecutada. Agrega que, respecto de los procesos ejecutivos derivados de facturas, las mismas tienen que estar originadas en un contrato estatal para que sean ejecutables y en este entendido, con la demanda se debe acompañar (i) el original o la copia del contrato estatal y sus modificaciones u otrosí que se suscriban, en los que conste la obligación que se pretende ejecutar, (ii) la copia del registro presupuestal, (iii) copia del acto administrativo que aprobó las garantías o el sello puesto en el contrato que dé fe sobre la aprobación de las garantías, (iv) las facturas de los bienes o servicios recibidos, (v) las certificaciones o constancias de recibo de los bienes o servicios por la persona o funcionario autorizado para el efecto.

Aduce que la parte ejecutante pretende cobrar una factura que contiene el valor total de la obligación que se plasmó en el contrato suscrito entre las partes, al cual le deduce unas sumas de dinero que ya fueron canceladas por la entidad contratante y ejecutada en este proceso. La obligación cuya satisfacción se pretende por esta vía, según estima, no reúne las condiciones para su cobro por este medio, ya que no se acompañó el acta de liquidación del contrato en la que se indiquen los saldos pendientes de pago a favor de la parte ejecutante, además porque la factura que se adjunta dispone el saldo total de la obligación contraída en el contrato, factura suscrita en una fecha anterior a la fecha de terminación del contrato, que de acuerdo con el acta de inicio, debió ser el 19 de octubre de 2021.

Considera el a quo que, cuando se trata de una obligación soportada con un título ejecutivo complejo, dado que la obligación se encuentra derivada de la celebración de un contrato, no basta con que se aporte la factura cuyo pago no ha sido satisfecho, sino que también es necesario que se aporte tanto el contrato estatal que dio origen a dicha factura, como el acta de liquidación del contrato cuando sean contratos susceptibles de liquidación como pasa en este caso, más todos los documentos adheridos a este, ya que son todos estos documentos los que sirven de sustento de hacer clara, expresa y exigible la obligación reclamada. Indica que, sobre este aspecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera²:

“Para poder impetrar acción ejecutiva, es necesario que exista un título ejecutivo, que es el instrumento por medio del cual se busca hacer efectiva una obligación sobre cuya existencia no hay duda alguna. La obligación debe ser clara, expresa y exigible para que del documento que la contenga, pueda predicarse la calidad de título ejecutivo. Si es clara, debe ser evidente que en el título consta una obligación sin necesidad de acudir a otros medios para comprobarlo. Que sea expresa se refiere a su materialización en un documento en el que se declara su existencia. Y exigible cuando no esté sujeta a término o condición ni existan actuaciones pendientes por realizar y por ende pedirse su cumplimiento en ese instante. Lo anterior, al tenor del artículo 488 del C.P Civil, significa que dicho título debe constituir plena prueba contra el deudor a quien deba pedirse su ejecución. El título ejecutivo puede surgir de un contrato, pero siempre resulta indispensable que la obligación que lo conforma sea clara, expresa y exigible. Cuando es directamente el contrato estatal, se está en presencia de un título ejecutivo complejo, conformado no solo por el contrato sino por otra serie de documentos cuya integración con aquel permiten deducir la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, esto es, de un título ejecutivo. No resulta claro que exista evidentemente a cargo del demandado la obligación de pagar una suma de dinero por concepto de honorarios a los demandantes. No hay un documento en el expediente que consagre expresamente esta obligación en su favor, ni menos se demuestra que sea exigible su cobro. Por otra parte, no se acreditó la existencia de registro presupuestal en relación con el contrato de consultoría, para que pueda predicarse que se encuentra perfeccionado, como tampoco se probó que se hubiera garantizado su cumplimiento y que la garantía hubiera sido aprobada, con lo cual se hacía viable su ejecución.”

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio 27 de enero de 2005 radicado 27001-23-31-000-2003-00626-01(27322).

Concluye que, al tratarse en este caso de la ejecución de un contrato estatal, el título es complejo y debe comprender como mínimo el contrato, sus actas de liquidación, además de los soportes documentales que reflejen con claridad y expresividad la obligación que se pretende cobrar, la cual debe ser además actualmente exigible.

Luego entonces, al no acompañarse con la demanda los soportes documentales que reflejen con claridad y expresividad la obligación que se pretende ejecutar, se está incumpliendo con los requisitos formales que se ordenan para la existencia de un título ejecutivo derivado de un contrato estatal, con lo que no se torna entonces exigible la obligación.

2. Recurso de apelación.

Contra el referido proveído la parte ejecutante interpuso recurso de apelación al considerar que, de los artículos 297 y 299 del CPACA se infiere que, es posible la ejecución de los títulos valores emitidos en desarrollo de la ejecución de un contrato, es decir, la ejecución como un acto simple de la factura cambiaria de compraventa electrónica, emitida con las formalidades que estipula la DIAN, de manera autónoma, cuando la entidad estatal - como en este caso - no pague su valor en los términos que señalan en la factura o dentro de los plazos contractuales, en tanto, se ha incurrido en mora en el pago de la misma.

Dice que a nivel doctrinal se ha precisado que “Exigir documentos como la prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, actos administrativos que declaren el incumplimiento y otros requisitos, entorpecen la justicia y transforman los procesos ejecutivos en ordinarios de conocimiento.”³

Señala que, si la factura electrónica cambiaria de compraventa es un título valor con todas las características que la ley le otorga y que es posible exigir su ejecución en forma autónoma cuando el deudor está en mora, y adicional, en cuanto que de dicho título valor emerge una suma expresa, clara y actualmente exigible, no se entiende cómo se pretende cercenar su ejecutabilidad bajo el argumento que la misma no se puede ejecutar directamente, sino que requiere de otros documentos para que tenga eficacia esa ejecutabilidad como lo señala el juez de instancia, al hacer una lectura sesgada de los artículos 297 y 299 del CPACA.

Solicita la revocatoria del auto en cuestión y que, en su lugar, se libre mandamiento de pago en contra del Hospital San Marcos de Chinchiná - Caldas, teniendo como título ejecutivo la factura electrónica cambiaria de compraventa No. FE1306 de fecha 14 de diciembre de 2020; título valor con todas las características que emergen de él, al tenor de lo señalado en el artículo 772 del Código de Comercio modificado por la Ley 1231 de 2008.

II. Consideraciones de la Sala

1. De los requisitos para decretar el mandamiento ejecutivo.

Los procesos ejecutivos originados en los contratos celebrados por entidades públicas son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por así disponerlo el artículo 104, numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto a la primera actuación que debe surtir en este tipo de actuaciones judiciales, -generalmente la relacionada con el mandamiento ejecutivo-, el juez debe centrar su atención en establecer si: i) la demanda fue interpuesta en la jurisdicción correspondiente y ante el juez competente, ii) el término para la presentación de la

³ Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Autor. Dr. Enrique Arboleda Perdomo. Editorial legis, Tercera Edición. 2021

demanda ante esta jurisdicción no ha vencido, y, iii) la demanda formulada por el ejecutante cumple con los requisitos mínimos señalados en la ley⁴.

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

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

Respecto de los requisitos que debe reunir el título ejecutivo para que proceda la orden de mandamiento de pago, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido⁵:

“...Reiteradamente, la jurisprudencia⁶, ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. Las formales se refieren a los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, los cuales deben ser auténticos y emanar del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

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

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

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

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

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

⁴Designación de las partes y sus representantes, pretensiones precisas y claras, hechos y omisiones, fundamentos de derecho de las pretensiones, pruebas, estimación razonada de la cuantía y lugar y dirección de las partes procesales para recibir las respectivas notificaciones.

⁵ Sección Tercera. Auto del once (11) de octubre de dos mil seis. Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Auto de 4 de mayo de 2002, expediente 15679.

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

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

Ahora bien, de conformidad con el artículo 297 del CPACA, constituyen título ejecutivo:

“3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.”

Los títulos ejecutivos contractuales deben conformarse teniendo como referencia las condiciones que hayan pactado las partes, en virtud del principio según el cual, el contrato es ley para las partes (art. 1602 CC). La anterior característica hace que por lo general aquellos sean complejos, ya que además de la aportación del contrato, es también necesario que obren en el expediente otros documentos que se hayan acordado para proceder con los desembolsos respectivos⁷.

Cuando el título es directamente el contrato estatal, se está en presencia de un título ejecutivo complejo, conformado no sólo por el contrato, sino por otra serie de documentos cuya integración con aquel, permiten deducir la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, esto es, de un título ejecutivo.

Sobre las condiciones que debe reunir el título ejecutivo cuya fuente se depende de obligaciones contractuales, el Consejo de Estado ha manifestado⁸:

“En este sentido, cabe advertir que cuando se presenta como título de recaudo el contrato estatal, el título ejecutivo es complejo en la medida en que está conformado no solo por el contrato, en el cual consta el compromiso de pago, sino por otros documentos -normalmente actas y facturas- elaborados por la Administración y el contratista, en los cuales conste el cumplimiento de la obligación a cargo de este último y de los que se pueda deducir de manera clara y expresa el contenido de la obligación y la exigibilidad de la misma a favor de una parte y en contra de la otra. Sólo cuando los documentos allegados como recaudo ejecutivo no dejan duda, en el juez de la ejecución, sobre la existencia de la obligación dada su claridad y su condición de expresa, además de su exigibilidad por ser: una obligación pura y simple o porque siendo modal ya se cumplió el plazo o la condición, será procedente librar el mandamiento de pago. Y tales condiciones no solo se predicen como atrás se explicó de los títulos valores, sino que pueden predicarse de otros documentos como sucede con el contrato que como fuente de obligaciones bien puede llegar a constituir título ejecutivo,

⁷ C.E., Sec. Tercera, Auto 2016-01041 (58341), jul. 19/2017. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (e): “(...) Es de anotar que, por regla general, cuando la obligación que se cobra deviene de un contrato estatal, el título ejecutivo es complejo en la medida en que esté conformado no sólo por el contrato en el cual consta el compromiso de pago, sino por otros documentos, normalmente actas y facturas elaboradas por la Administración y el contratista, en las que conste la existencia de la obligación a favor de este último y sea posible deducir, de manera manifiesta, tanto su contenido como su exigibilidad. (...)”

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP- Ruth Stella Correa Palacio, expediente No. 28755, providencia de 27 de enero de 2007.

*generalmente de la naturaleza de los complejos por cuanto la estructuración del título requiere además del contrato en el que se sustenta la obligación, **la demostración del cumplimiento de la condición de la cual pende el pago, verbigracia el acta en la que consta el recibo por parte de la administración, de la obra o servicio.**”/rft*

Tal como lo ha advertido la jurisprudencia y la doctrina⁹, en materia del proceso ejecutivo contractual, por regla general el título ejecutivo es complejo. No obstante, cuando se trata de la ejecución del acta de liquidación de un contrato estatal, este título ejecutivo es simple.

En efecto, de la lectura del artículo 297-3 del C.P.A.C.A., previamente citado, se extrae que el acta de liquidación del contrato por sí sola constituye título ejecutivo. Lo anterior, adquiere relevancia en el entendido que el acta de liquidación es el balance final del contrato y en el cual concurren las partes con el fin de determinar las obligaciones que hayan quedado insolutas en el desarrollo de la ejecución contractual. Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado¹⁰

Y en posterior pronunciamiento de 13 de febrero de 2013, la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, bajo radicado 73001-23-31-000-2012- 10015-01, sostuvo:

*“En ese orden, cuando la obligación que se cobra tiene su génesis en un contrato estatal, de ordinario el título ejecutivo será complejo, en la medida en que está integrado no solo por el contrato, en el cual consta el compromiso de pago, sino por otros documentos, normalmente actas o facturas elaborados por administración y contratista, en las cuales se da fe de la obligación a cargo de este último, y de las que se pueda deducir de manera clara y expresa el contenido de la misma y su exigibilidad a favor de una parte y en contra de la otra. Asimismo, puede ser simple cuando la obligación que se cobra consta en un solo documento, que por sí solo da cuenta de la existencia de aquella, la que debe ser clara, expresa y exigible, como sucede por regla general, con las obligaciones que constan en un acta de liquidación final del contrato. En este sentido, la Sala ha expresado que **la liquidación, bilateral o unilateral** —no distingue la jurisprudencia— **es un título ejecutivo autónomo y simple**, dejando de lado la exigencia compleja que otrora imponía. (...)”*

En ese orden de ideas se advierte que existe verdadera línea jurisprudencial respecto de la ejecución de las actas de liquidación de los contratos estatales, los cuales para todos los efectos son títulos simples, es decir, que no requieren de ningún otro documento para su ejecución, sin perjuicio de los requisitos de claridad, expresividad y exigibilidad.

De lo anterior esta Sala puede colegir que i) Cuando la obligación que se cobra tiene su génesis en un contrato estatal, de ordinario el título ejecutivo será complejo, conformado no sólo por el contrato, sino por otra serie de documentos que se hayan acordado para proceder con los desembolsos respectivos; y ii) Cuando el título es el acta de liquidación del contrato, el título ejecutivo es simple y autónomo cuando cumple con los requisitos de claridad, expresividad y exigibilidad.

2. Análisis del caso concreto.

⁹ Rodríguez Tamayo Mauricio Fernando, “La acción Ejecutiva ante la Jurisdicción Administrativa”, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 4 EÜ. 2013, Pág. 84-85

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil seis (2006). Radicado No. 23001-23-31-000-2003-01328-01(30770). Ver también providencia de 24 de enero de 2007 bajo radicado 85001- 23-31-000-2005-00291-01, C.P: Ruth Stella Palacio.

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primer indicar que, el proceso ejecutivo sub examine se adelanta con base en un título ejecutivo complejo constituido por los siguientes documentos:

- Contrato No. 32-11-165 del 12 de agosto de 2020.
- Factura electrónica de venta No. FE1306 de 14 de diciembre de 2020.
- Póliza de seguro No. AA001739 suscrita con equidad seguros.
- Acta de inicio del contrato con fecha del 19 de octubre de 2021.
- Recibo de caja No. 3103 por valor de \$25.000.000.
- Recibo de caja No. 3121 por valor de \$10.000.000
- Recibo de caja No. 3129 por valor de \$10.000.000
- Recibo de caja No. 3133 por valor de \$15.000.00

Así las cosas, el análisis en este caso debe centrarse en establecer si de dichos documentos emerge un título ejecutivo claro, expreso y exigible, sin que para el cumplimiento de tales requisitos resulte necesaria la existencia de un acta de liquidación unilateral o bilateral del contrato.

Exigir que la parte ejecutante, en este caso el contratista, aporte un acta de liquidación del contrato - cuya suscripción, valga decir, no depende única y exclusivamente de él sino de la entidad pública que se reputa deudora -, excede las cargas legalmente establecidas para reclamar judicialmente el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato público, la cual, como ya se dijo, puede acreditarse a partir de un título ejecutivo complejo o de ser el caso, con un título simple cuando se procede a hacer la liquidación de manera unilateral o bilateral.

Ahora bien, tal y como se reseñó en precedencia, al expediente fue aportado el contrato No. 32-11-**165** del 12 de agosto de 2020, suscrito entre La E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná (contratante) y Venus Ingeniería de Software Limitada (contratista), de cuyo clausulado se desprende lo siguiente:

“(…)

CLÁUSULA TERCERA – VALOR: el valor del presente contrato es por la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$297.500.000) INCLUIDO IVA.

*CLÁUSULA CUARTA – FORMA DE PAGO: el valor del contrato será cancelado por la ESE al CONTRATISTA de la siguiente forma a) **UN PAGO ANTICIPO de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000) M/CTE pagaderos una vez suscrita el acta de inicio.***

*b) El saldo restante en once (11) cuotas mensuales iguales de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000.00) M/CTE y una (01) cuota de VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$27.500.000.00). PARAGRAFO 1: EL HOSPITAL efectuará las retenciones que en materia de impuestos establezca la ley. PARÁGRAFO 2: **EL CONTRATISTA deberá acreditar para el pago, el cumplimiento de las obligaciones con el sistema de Salud, Pensión y Riesgos Laborales.***

(…)

CLÁUSULA SEXTA – PLAZO DE EJECUCIÓN Y VIGENCIA: El plazo de ejecución del contrato será de DOCE (12) meses contado a partir de la suscripción del acta de inicio...

(…)

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA – LIQUIDACIÓN: Habrá lugar a la liquidación de este contrato cuando a la terminación del mismo, presente saldos pendientes por reintegrar.” /rft/

Para acreditar la exigibilidad del pago del anticipo por valor de \$50.000.000, la parte ejecutante aporta el Acta de Inicio del contrato, suscrita el 19 de octubre de 2020 por el Gerente de la E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná, señor Aníbal Hernán Rueda Osorio, por la supervisora del contrato, señora Ana María Gómez Uribe y por el representante legal de la empresa contratista, señor Wilmar Betancur Valencia; documento que da cuenta de lo siguiente:

ACTA DE INICIO	
Contrato No.:	165
Objeto:	ADQUISICIÓN DE SOFTWARE E INSTALACIÓN CON SUS LICENCIAS PARA LA ESE HOSPITAL SAN MARCOS.
Contratista:	VENUS INGENIERIA DE SOFTWARE LIMITADA
NIT:	810.003.157-1
Valor del contrato:	\$297.500.000
Plazo del contrato:	El plazo de ejecución del contrato será por DOCE (12) meses contado a partir de la suscripción del acta de inicio, PARÁGRAFO PRIMERO: Por razones de fuerza mayor, caso fortuito o voluntad propia, se podrá suspender temporalmente la ejecución, mediante un acta en donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de suspensión.
Fecha de inicio:	19-10-2020
Fecha de terminación	19-10-2021
Tipo de seguimiento:	Supervisor

Así mismo se deja constancia del cumplimiento de los requisitos legales y contractuales para la ejecución del contrato, a saber:

- i) *Aprobación de garantía de cumplimiento No. AA001739 expedida por Equidad Seguros los riesgos amparados por la garantía de cumplimiento están vigentes y corresponden a la cobertura y vigencia pactada, de acuerdo con la verificación efectuada por el Supervisor.*
- ii) *Paz y salvo vigente por concepto de seguridad social y parafiscales,*
- iii) *Entrega de relación del personal con que el contratista ejecutará el contrato, **acreditando afiliación y cubrimiento de EPS, ARLY AFP.***
/rft/

/Folio 108, Archivo 002/

El saldo restante debía ser cancelado *en once (11) cuotas mensuales iguales de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000.00) M/CTE y una (01) cuota de VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$27.500.000.00).* Para el pago del saldo restante, el contratista debía acreditar el cumplimiento de las obligaciones con el sistema de Salud, Pensión y Riesgos Laborales, lo cual cumplió desde la suscripción del acta de inicio, tal y como se dejó allí consignado.

Ahora bien, en la cláusula sexta del contrato se estipuló que el plazo de ejecución del mismo sería de doce meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual tuvo como fecha el 19 de octubre de 2020, por lo que, su terminación se dio el 19 de octubre de 2021.

El contratista afirma que cumplió íntegramente con sus obligaciones contractuales y para demostrarlo, aporta entre otros documentos: el acta de inicio del contrato; el acta de instalación del aplicativo, la cual es firmada, entre otros, por el representante legal de la empresa contratista y por el líder de sistemas del Hospital San Marcos Chinchiná /fls. 178 a 186, Archivo 02/; control de asistencia a las reuniones para capacitación en los diferentes módulos del aplicativo /fls. 117 a 129, Archivo 02/; actas de capacitación (fls. 130 a 157, Archivo02/.

Así mismo, el contratista señala que la entidad solamente le pagó una parte del precio acordado y para demostrar su dicho, aporta: recibo de caja No. 3103 por valor de \$25.000.000, recibo de caja No. 3121 por valor de \$10.000.000, Recibo de caja No. 3129 por valor de \$10.000.000, recibo de caja No. 3133 por valor de \$15.000.00.

*Factura es un título valor **que el vendedor o prestador del servicio** podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio (...) (se destaca).*

*Igualmente, conviene destacar que el mismo artículo de la reforma **prohíbe librar factura alguna “que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”** (se destaca).*

La misma norma en su artículo 3, que modificó el artículo 774 del Código de Comercio⁹, frente a los requisitos de la factura, señaló:

Requisitos de la factura. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código¹⁰, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:

- 1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.*
- 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.*
- 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. /rft/*

A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura. En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada. La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas.

Igualmente, dicho documento se aceptará en los términos del artículo 773 del Código de Comercio, modificado por el artículo 2 de la ley en comento, que señala:

Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.

El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.

La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento. /rft/

De lo expuesto, se desprende que desde la entrada en vigencia de la Ley 1231 las facturas, indistintamente de su denominación como cambiaria de compraventa o de venta –huelga advertir que la Sección VII del Código de Comercio las titula como facturas cambiarias-, serán títulos valores, en tanto cumplan las exigencias de los artículos 621, 772 a 774 del Código de Comercio y 617 del Estatuto Tributario, de carácter crediticio, con las atribuciones inherentes –literalidad, autonomía, incorporación, incondicionalidad, negociabilidad, legitimidad, autenticidad- representativo de un precio pendiente de pago por la venta a plazo de mercancías y/o servicios.

De no darse las anteriores condiciones, carecerán de la condición de título valor. Ahora, el hecho de que un documento carezca del carácter de título valor no desdice su condición de título ejecutivo y tampoco impone que el mismo deba de ser complejo. En tal sentido, es preciso aclarar que un documento presta mérito ejecutivo, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil¹¹, es decir, cuando se trate de una obligación expresa, clara y exigible¹², verificados los cuales no se requiere de la conformación de un título complejo¹³. /rft/

De conformidad con lo anterior puede concluirse que la factura aportada por la parte ejecutante no reúne todos los requisitos de un título valor y tampoco contiene la información suficiente para catalogarlo como un título ejecutivo simple y por lo tanto autónomo.

La misma tampoco resulta idónea para conformar el título ejecutivo contractual toda vez que fue expedida por el contratista el 14 de diciembre de 2020, vale decir, antes de que el contrato finalizara, lo cual ocurrió el 19 de octubre de 2021.

Como puede verse, la factura fue expedida cuando el contrato se encontraba en ejecución y casi un año antes de que el mismo terminara; además, dicha factura se libra por el valor total del contrato (\$297.500.000) sin tener en cuenta los desembolsos efectuados por la entidad contratante como pago parcial del precio acordado.

La factura aportada no completa el título ejecutivo en el sub iudice porque de ella no emerge el valor actualmente adeudado por la contratante y porque, además, la misma no fue presentada para pago una vez terminado el contrato.

En consecuencia, no se cuenta con un título ejecutivo contractual debidamente conformado y con el lleno de los requisitos sustanciales que se exigen en estos casos, es decir, que sea expreso, claro y actualmente exigible.

3. Conclusión.

De conformidad con lo señalado, se confirmará la providencia recurrida, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, mediante la cual negó el mandamiento de pago dentro del proceso de la referencia.

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

III. Resuelve

Primero: Se confirma, por las razones de la Sala, el auto del 27 de febrero de 2023, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, mediante el cual se resolvió negar la solicitud de mandamiento ejecutivo solicitado por Venus Ingeniería de Software Limitada en contra de la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná.

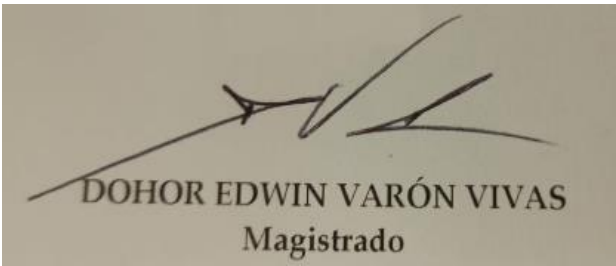
Segundo: En firme esta providencia, **devuélvase** la actuación al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Radicación	17 001 23 33 000 2023 0005 00
Demandante	María Alejandra Castaño García - Personera de Viterbo, Caldas.
Demandado	Instituto Nacional de Vías – INVÍAS – JPS Ingeniería SAS – Consorcio Vías 2021-
Providencia	Sentencia No. 187

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La accionante solicita:

“Primero: Declarar que el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS – Consorcio VÍAS 2021 y JPS Ingeniería S.A.S., vulneraron los intereses colectivos a a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la Ley y las disposiciones reglamentarias; h) el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente (...)”

Segundo: Ordenar al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS -, Consorcio VÍAS 2021 y JPS Ingeniería S.A.S. no volver a incurrir en la vulneración de los intereses colectivos a a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la Ley y las disposiciones reglamentarias; h) el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente (...)”

2. Derechos colectivos vulnerados.

Afirma la demandante que se han vulnerado los derechos colectivos contenidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, específicamente el goce de un ambiente sano, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, y, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, sin más consideraciones.

3. Hechos.

De los hechos que la actora popular señala en la demanda, se destacan los siguientes:

- Que en el sector de las Melenas en la vía que conduce de Viterbo, Caldas a Apía, Risaralda, se encuentra un tramo de vía sin pavimentar, en virtud del incumplimiento de un contrato celebrado entre INVÍAS y el Consorcio Vías 2021 para tales fines.
- Refiere que, al quedar la vía inconclusa, ésta presenta huecos que acarrearán inestabilidad de la misma al paso de vehículos grandes; así como que no hay andenes para que los peatones transiten; y que, la cantidad de polvo proveniente de la misma, ha generado problemas de salud en los habitantes del sector.
- Sostiene que, mediante la resolución número 042 de 18 de diciembre de 2022, la Personería de Viterbo constituyó acta de veeduría para el control de la obra, y, en reunión de 28 de noviembre de 2022, se expuso por parte del Consorcio que, INVÍAS no aportaría más recursos, y que, solo pagaría lo ejecutado al 5 de diciembre (sin año), por lo que la obra quedaría en el estado que se encuentra; y que, mediante oficio del 11 de enero de 2023, el alcalde municipal de Viterbo solicitó la terminación de la obra en virtud del contrato número 1383 de 2021;

- Contestación de la demanda.

- JPS Ingeniería. (Documento 019 expediente digital)

La demandada JPS Ingeniería contestó la demanda afirmando que, durante la ejecución del contrato objeto de Interventoría cumplió las funciones a su cargo, informando oportunamente al INVÍAS los incumplimientos en que incurrió el Contratista; así como al ordenador del gasto, la necesidad de declarar la caducidad del contrato; y que, vencido el plazo contractual, ante el incumplimiento de éste, y la no declaratoria de caducidad, se informó a la entidad la necesidad de declarar el incumplimiento para hacer valer la cláusula penal pecuniaria.

Refiere que la interventoría se abstuvo de autorizar el pago de actividades ejecutadas que no cumplieran con las especificaciones técnicas y condiciones de pago establecidas en el Contrato, lo que se comprueba con las comunicaciones JPS-1615-1160 de noviembre 28 de 2022 y JPS-1615-1228-2022 última mediante la cual se da traslado del acta de recibo definitivo de obra del contrato 1383 de 2021, en el cual se descuentan las obras dejadas por ejecutar por el contratistas, así como las que salen afectadas por la inestabilidad de obras inconclusas.

Que una vez terminado el contrato objeto de interventoría, han perdido las competencias para exigir su cumplimiento, por lo que el INVÍAS tendrá que cumplir con sus obligaciones en relación con el mismo; y que, lo único procedente en este caso sería, que el INVÍAS adelante un nuevo proceso de contratación que permita la pavimentación en el sector Las Melenas de la vía Apía-Viterbo.

Concluye que, la acción popular resulta carente de sentido en relación con JPS Ingeniería, e, incluso, contra todos los demandados, porque, sin un contrato vigente, las pretensiones no pueden ser satisfechas.

- Instituto Nacional de vías – INVÍAS - (Documento020 expediente digital)

La demandada INVÍAS contestó la demanda, e inicia aclarando que, *Por el sector denominado “Las Melenas” del Municipio de Viterbo (Caldas), pasa la Ruta Nacional 5003, la cual es administrada por el Instituto Nacional de Vías. Esta inicia en el Corregimiento de Santa Cecilia del Municipio de Pueblo Rico, Risaralda (PR 0+0000) y termina en el Sector de Asia, jurisdicción del Municipio de Viterbo, Caldas (PR 78+0550).*

El sector “Las Melenas” se ubica entre los PR 74+0800 y 75+0150 de la aludida ruta. Este tramo vial tiene afirmado entre el PR 74+0800 y el PR 74+0900. Entre el PR 74+0900 y el PR 75+0150 existe pavimento”

Expone que, el INVÍAS y el Consorcio VIAS 2021, suscribieron el contrato de Obra número 1383 de 2021, cuyo objeto fue *“Mejoramiento y mantenimiento de la Vía Apía-Viterbo -Asia en los departamentos de caldas y Risaralda”*, el cual se terminó el 29 de noviembre de 2022; y que, para la vigilancia de este se suscribió el contrato de Interventoría Nro. 1615 de 2021, el cual también finalizó el 29 de noviembre de 2022.

Aduce que, no es cierto que el INVÍAS vulnere el derecho al goce de un ambiente sano, pues la ejecución de los contratos números 1383 y 1615 de 2021 se realizó bajo los parámetros legales y constitucionales aplicables; y que, respecto de la vulneración del derecho al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, INVÍAS no comprende que se repunte respecto de ella su vulneración, pues su objeto, definido por el artículo 1° del Decreto 1292 de 2021 no está encaminado al sector de la salud, sino, al sector transporte.

Sostiene que, si bien dentro del sector las Melenas existe un tramo de vía en afirmado (entre el PR 74+0800 y el PR 74+0900), ello no genera ninguna vulneración, ni desastres, porque es un material que se puede utilizar para cubrir la rasante o superficie de rodadura de una carretera, ya que soporta las cargas y esfuerzos del tránsito de forma adecuada y segura. Sumado a que, es un tramo vial que existe hace varias décadas, que siempre ha estado en afirmado, y a la fecha de contestación de la demanda, no se han registrado desastres que tengan como causa ese tipo de material, y, dicho sector cuenta con la señalización reglamentaria SR-30, de máximo de velocidad treinta (30) y veinte (20) kilómetros por hora.

Finalmente argumenta que, la acción popular de la referencia es improcedente, toda vez que el contrato de obra pública No. 1383 de 2021 y el contrato de interventoría No. 1615 de 2021 se firmó por las partes, se terminó, y fue objeto de entrega; de manera que, lo que le queda a INVÍAS, es proceder conforme a las normas de contratación en Colombia, y, hacer efectivas las cláusulas contractuales, a que hubiere lugar, en contra del Consorcio VÍAS 2021, por el incumplimiento del contrato No. 1383 de 2021.

Finalmente, INVÍAS propuso como excepciones las que denominó: *“Improcedencia de la acción popular”, “Efectivo cumplimiento de las funciones asignadas al INVÍAS”, “Terminación del plazo de los contratos números 1383 y 1615 de 2021”, “Inexistencia de responsabilidad por parte del Instituto Nacional de Vías”, “Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos respecto del Instituto Nacional de Vías”, y la “Genérica”.*

El demandado Consorcio 2021 no contestó la demanda ni asistió a la audiencia de pacto de cumplimiento.

7. Audiencia de pacto.

El día 25 de abril de 2023 se llevó a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida (Documento 030 del expediente digital).

8. Alegatos de conclusión

- JPS Ingeniería (Documento 045 expediente Digital)

La demandada JPS Ingeniería, presentó escrito de alegatos afirmando que, la única prueba practicada en el proceso, es el testimonio del Ingeniero Carlos Eduardo Zuluaga Muñoz, funcionario del INVÍAS, el cual da cuenta de que lo que alegó esta parte en la contestación de la demanda es correcto; y que, con los informes de interventoría, lo que se sigue es, el trámite de incumplimiento del contrato, que está a cargo de decisión por parte de una unidad especial de actuación en el INVÍAS; quien ya realizó una audiencia dentro de dicho proceso sancionatorio.

- Instituto Nacional de vías – INVÍAS - (Documento 046 expediente digital)

La demandada INVÍAS en su escrito de alegatos, reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, en cuanto a que las obras del contrato cuestionado ya fueron entregadas, y el contrato terminado; y que, lo que se sigue es hacer efectivas las cláusulas del mismo ante el incumplimiento presentado.

Refiere que, aunque la vía tenga un tramo corto en material de afirmado, este cuenta con las condiciones óptimas de transitabilidad, y *“el material allí empleado es técnicamente aceptado para cubrir la capa de rodadura de la vía ya que soporta los pesos de los vehículos que transitan por el sector, garantizando la libre locomoción de las personas del sector y permitiendo el tránsito vehicular de forma adecuada y segura siempre y cuando se respeten por parte de los usuarios las normas y señales de tránsito existentes en el sector.”*

- Accionante (Documento 047 expediente digital)

La parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, reitera los hechos planteados en la demanda; y, hace alusión al testimonio del INVÍAS, afirmando que no es cierto lo mencionado, ni que la vía se encuentre en condiciones óptimas, pues con la lluvia la vía empeora sus condiciones; y sostiene que, ante la afirmación del testigo que se están proyectando los recursos necesarios para atender las necesidades planteadas, no hay certidumbre de la existencia de los mismos, ni de la fecha de culminación de la

pavimentación.

8. Concepto del Ministerio Público (Documento 048 expediente digital)

El Ministerio Público rindió concepto haciendo un recuento de la demanda, los fundamentos de hecho, los derechos colectivos que se presumen vulnerados, y contestación de la demanda.

Hace una exposición sobre la naturaleza jurídica de la acción popular, continúa con un análisis jurídico probatorio y sostiene que, según lo probado en el proceso, se encuentra acreditado que por el sector denominado “Las Melenas” del Municipio de Viterbo (Caldas), pasa la Ruta Nacional 5003, la cual es administrada por el Instituto Nacional de Vías, inicia en el Corregimiento de Santa Cecilia del Municipio de Pueblo Rico, Risaralda (PR 0+0000) y termina en el Sector de Asia, jurisdicción del Municipio de Viterbo, Caldas (PR 78+0550). El sector “Las Melenas” ubicada entre los PR 74+0800 y 75+0150 de la aludida ruta; el Instituto Nacional de Vías y el Consorcio VIAS 2021, suscribieron el Contrato de Obra Nro. 1383 de 2021, cuyo objeto fue *“Mejoramiento y mantenimiento de la Vía Apia – Viterbo - Asia En Los Departamentos De Caldas y Risaralda”*; y que dicho contrato se terminó el 29 de noviembre de 2022; donde para su vigilancia se suscribió el contrato de Interventoría Nro. 1615 de 2021, el cual también finalizó el 29 de noviembre de 2022.

Sostiene que se demostró dentro del asunto que, el Instituto Nacional de Vías, no ejecutó las obras solicitadas por la actora, incumplimiento que se le atribuye al Consorcio VÍAS 2021 en desarrollo del contrato de obra No. 1383 de 2021 y que, hasta el momento, no se ha llevado a cabo la pavimentación en el sector “Las Melenas” ubicado entre los PR 74+0800 y 75+0150 de la Ruta Nacional 5003.

Refiere que, en la audiencia de pruebas realizada el 23 de agosto de 2023, se recibió el testimonio del ingeniero Carlos Eduardo Zuluaga Muñoz, funcionario vinculado al Instituto Nacional de Vías INVIAS, declaración en la cual se refirió al procedimiento adelantado por esa entidad con ocasión de la supervisión a la interventoría del contrato de obra Contrato Nro. 1383 de 2021; y que el testigo explicó que el Instituto Nacional de Vías está llevando a cabo la estructuración de un proyecto para la intervención de las vías a su cargo en los departamentos de Risaralda y Caldas y que, dentro del mencionado proyecto, tiene prioridad la

intervención del sector objeto de esta acción constitucional perteneciente a la ruta 5003.

Afirma el agente del Ministerio Público que, con base en las pruebas obrantes en el plenario, se puede establecer que le corresponde al INVIAS realizar las actuaciones para la conservación y desarrollo de la infraestructura vial del orden nacional, a través de contratos de administración vial y mantenimiento rutinario, ejecutando todas las acciones necesarias para garantizar el buen funcionamiento de los corredores viales a cargo de esa entidad, entre los que se encuentra incluido el sector “Las Melenas” ubicado entre los PR 74+0800 y 75+0150 de la ruta 5003, sin embargo, hasta el momento, no se ha llevado a cabo la intervención y pavimentación en el sector “Las Melenas” ubicado entre los PR 74+0800 y 75+0150 de la Ruta Nacional 5003, como tampoco se ha definido el cronograma de las actividades que se planean llevar cabo para cumplir esa finalidad.

Y que, aunque en la demanda se alegó la vulneración de los derechos colectivos del goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, considera el Ministerio Público que según lo probado en el proceso, la vulneración se acreditó respecto a los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y el acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre; el juez popular puede pronunciarse respecto de derechos colectivos que no han sido invocados en la demanda como vulnerados o amenazados siempre y cuando, éstos guarden una estrecha y directa relación con los derechos respecto de los cuales sí existió una solicitud expresa de protección por parte del actor popular y frente a los que la parte demandada haya tenido la oportunidad de pronunciarse a lo largo del proceso, es decir, frente a los cuales pueda verificarse que conoció y pudo presentar argumentos de defensa, supuestos que se reúnen en este caso, por lo que deviene procedente la protección de derechos colectivos que no fueron invocados en la demanda.

En ese orden de ideas, considera que, se reúnen los presupuestos para la prosperidad de la acción popular y se estructuran los elementos para declarar la responsabilidad del Instituto Nacional de Vías, por la vulneración de los derechos colectivos; así mismo, concurren los presupuestos para impartir las órdenes

tendientes a la protección de los derechos colectivos, las cuales deben ser cumplidas por la entidad accionada en el marco de sus competencias constitucionales y legales, posición que se encuentra sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y se ajusta a las reglas definidas por el Consejo de Estado sobre la naturaleza y finalidad de la acción popular.

En conclusión, solicita al Tribunal Administrativo de Caldas que en la sentencia de primera instancia resuelva: (i) acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda de acción popular, (ii) conceder la protección de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y el acceso a la infraestructura pública vial o de transporte terrestre, (iii) impartir las órdenes necesarias con los plazos prudenciales a que hubiere lugar, con base en los informes técnicos incorporados al proceso.

I. Consideraciones de la Sala

1. Competencia.

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, una vez revisados los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento, y al comprender el Tribunal que no se da causal alguna que venga a dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido, procede a decidir sobre el fondo del asunto litigado en **primera instancia**.

2. Problema jurídico a resolver

¿Se encuentra probada la vulneración de los derechos al goce de un ambiente sano, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente por parte de las entidades demandadas?

3. Procedencia de la acción

La acción popular que con anterioridad a la Constitución de 1991 tenía regulación meramente legal en los artículos 1005 a 1007, 2359 y 2360 del Código Civil, así como también en otras disposiciones como el Código de Recursos Naturales (Ley

23 de 1973 y Decreto 2811 de 1974), la ley 9ª de 1989, en el tema de recuperación del espacio público y el medio ambiente; el estatuto del consumidor Decreto Ley 3466 de 1982 y la ley 45 de 1990 sobre intermediación financiera, fue elevada a consagración constitucional en la actual Carta Política, en el artículo 88, desarrollado mediante la Ley 472 de 1998.

La mencionada Ley, en su artículo 2º, inciso segundo, señala que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible; igualmente el artículo 9º ibidem prevé que este medio de defensa procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que sea violatorio o amenace violar los derechos e intereses colectivos.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que los supuestos sustanciales para la procedencia de la acción popular son los siguientes: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses.

La Ley 472 de agosto 5 de 1998 cuya finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, reguló las acciones populares, sobre las cuales cabe señalar que tienen un carácter preventivo, como quiera que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (artículo 2º).

El artículo 4º enuncia los derechos colectivos susceptibles de protección, los cuales están relacionados así:

- “a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
- b) La moralidad administrativa;*
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento*

racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

i) La libre competencia económica;

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.”

La norma señaló igualmente que gozan del mismo carácter de derechos e intereses colectivos, los distinguidos por la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

La Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagró como medio de control la protección de los derechos e intereses colectivos en los siguientes términos:

“Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. *cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

Esta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado o amenacen los derechos e intereses colectivos, y con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el demandante deberá solicitar a la entidad que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado².

4. Excepciones

El Instituto Nacional de Vías - INVÍAS - propuso como excepciones las que denominó: *“Improcedencia de la acción popular”*, *“Efectivo cumplimiento de las funciones asignadas al INVÍAS”*, *“Terminación del plazo de los contratos números 1383 y 1615 de 2021”*, *“Inexistencia de responsabilidad por parte del Instituto Nacional de Vías”*, *“Carencia de prueba de la vulneración o amenaza de derechos colectivos respecto del Instituto Nacional de Vías”*, y la *“Genérica”*.

Ahora bien, en relación con dichas excepciones luego de analizada su fundamentación estima la Sala de Decisión que, por cuanto guardan relación sustancial con la discusión de fondo de este medio de control, se resolverán con ésta.

5. Análisis probatorio.

Con el fin de abordar el objeto del presente asunto, es preciso analizar las pruebas que obran en el plenario, para de esta manera determinar si existe vulneración o afectación de los derechos colectivosy, posteriormente, establecer la responsabilidad de las entidades demandadas y vinculada, si hay lugar a ello, de acuerdo con sus competencias.

5.1 De las pruebas obrantes en el proceso.

Documentales

- **Copias de las actas 001 de 8 de octubre, de 28 de noviembre de 2022 y de 15 de enero de 2023 de la personería de Viterbo.**

En las que se plantea el tema del incumplimiento del contrato, y se expone por parte de la Trabajadora Social asignada por el INVÍAS, sobre el proceso de declaratoria de

incumplimiento del contrato, y que, por tal motivo, no se realizaría el pago al contratista.

- Copia de contrato suscrito entre el INVÍAS y el Consorcio VÍAS 2021.

Cuyo objeto es el mejoramiento y mantenimiento de la vía Apía – Viterbo – Asía en los departamentos de Caldas y Risaralda.

- Oficio de 15 de diciembre de 2022, dirigido por JPS Ingeniería al INVÍAS, relacionado con el incumplimiento del contrato 1615-21 suscrito con el Consorcio Vías 2021, donde se hace un reporte fotográfico de las obras inconclusas en la vía por pavimentar de las cuales se transcribe lo siguiente:

“(…) PR 61+400, alcantarilla y contrición de muro en gavión, teniendo en cuenta que no se hicieron las obras complementarias en gavión, se presenta fallo de cabezal de alcantarilla, así como desconfinamiento de tubería.

Pavimento instalado entre los PR73+050 al PR73+300, por la no construcción de las cunetas se presenta desconfinamiento y socavación del concreto asfáltico produciendo su daño, también afectación de las capas granulares.

Materiales instalados del PR 74+330 al PR 74+798, expuestos sin protección se encuentra en deterioro la capa de base granular, y por la exposición se va a producir el daño total de lo instalado.

En recorrido con el ingeniero residente de obra, de noviembre 23 se le pusieron de presente las observaciones pertinentes. Esperábamos que se procediera según lo ordenado por el Contrato, pero, en un segundo recorrido, realizado el 28 de noviembre de 2022, no se evidenció ninguna actividad del Contratista, por el contrario, la obra se encontró totalmente abandonada. En consecuencia, con ese hallazgo, hemos notificado a la Entidad que proceda con la declaratoria de incumplimiento definitivo del Contrato, lo cual significará que las actividades no ejecutadas como especifica el Contrato, no se pagarán, aquellas que quedaron faltando se imputarán a la cláusula penal pecuniaria, y aquellas que se dañen, como consecuencia del incumplimiento, constituirán perjuicios que también afectarán dicha garantía

- Copia de contrato suscrito entre INVÍAS y la Cooperativa de trabajo asociado los Comuneros para el mantenimiento rutinario de las vías a cargo del instituto, dentro de la cual se encuentra el tramo que se discute, vía Asía PR72+0000 – PR78+0550 para los años 2021 y hasta el 31 de julio de 2022, con prórrogas hasta el 27 de diciembre de 2022.

- Copia del contrato de interventoría cuyo objeto es: *“Interventoría para el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Apía- Viterbo- Asía departamentos de caldas y Risaralda” plazo: hasta el 31 de diciembre de 2021 valor: quinientos un millones ochocientos*

ochenta mil seiscientos pesos (\$501.880.600) IVA incluido. interventor: JPS Ingeniería S.A.S”

- **Copia del contrato número 1383 de 2021 cuyo objeto es el:** “Mejoramiento y mantenimiento de la vía Apía - Viterbo - Asia en los departamentos de caldas y Risaralda. plazo: hasta el 29 de noviembre de 2022 contratista: consorcio vías 2021 con nit. 901.505.372-1, integrado por (infraestructura y vías S.A.S con nit. 901.260.508-2, con una participación del 5%, ICSSA S.A.S. con nit. 901.450.894-6, con una participación del 50%, FFConstrucciones y consultoría S.A.S con nit 901.382.452-2 con una participación del 45%),” con sus seis prórrogas hasta el 29 de noviembre de 2022.

Testimonial.

- **Carlos Eduardo Zuluaga Muñoz.** Ingeniero civil, profesional especializado del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS -.

- Hace una exposición sobre el objeto del contrato de la construcción de la vía en el sentido Viterbo - Apía, resaltando que, la zona de las Melenas, es una zona urbana.

- Refiere que el contratista incumplió su contrato, ante lo cual el INVÍAS ha procedido con las actuaciones administrativas de declarar el incumplimiento del contrato; pues el contratista no alcanzó a terminar el tramo de la parte de las Melenas.

- Resalta que la vía es una vía que siempre ha estado en “afirmado”, que, desde luego, se deteriora con el paso de los vehículos o de lluvia, pero que, el INVÍAS tiene contrato con una cooperativa de trabajo asociado, que le hace el mantenimiento que requiera.

- Sostiene que se le informó a la comunidad, que la vía en mención es una vía nacional, que sigue estando a cargo del INVÍAS, por lo que, cuando se le asignen los recursos del orden nacional, que, no dependen el INVÍAS, se realizarían rápidamente los trabajos. Por lo que, el compromiso es pavimentar el tramo, que si bien, siempre ha estado destapado, está dentro de los proyectos del INVÍAS su pavimentación.

- Narra que el contratista está en un proceso de incumplimiento del contrato, a cargo de una oficina especial de procesos sancionatorios en Bogotá, donde ya se realizó la primera audiencia y se solicitaron los descargos.

- Con relación a la interventoría, refiere que su labor es verificar el cumplimiento del contrato, y cuando éste no se cumple, se solicita que se proceda con el proceso sancionatorio, y que, el INVÍAS no cuenta con otras posibilidades, como pavimentar la vía ni poder trasladar el contrato, porque no había como ceder el contrato.

- Afirma que en el sector se lograron pavimentar 880 metros, y quedó faltando esa parte poblada del sector de las Melenas.
- Expone en qué consiste el mantenimiento rutinario de la vía que se hace a cargo del INVÍAS, y que, la vía del sector de las Melenas siempre ha estado en servicio, en condiciones aceptables, en buen estado.
- Indica que la zona por donde pasa la vía es una zona de cultivos, plátanos y café, y que la vía cuestionada, es la que se utiliza para sacar los productos del sector, la cual está en buenas condiciones, y es viable.
- Sostiene que, en el momento, se está en estudio un proyecto que incluye la pavimentación de esa vía en el sector de las Melenas, por lo que se atenderá lo que quedó faltando por pavimentar; por lo que se espera a que salga la licitación para ello.
- Manifiesta que el objeto del contrato inicial era amplio, y, una vez quedaron recursos dentro de este, se procedió a asignar los mismo al tramo de las Melenas, el cual inicialmente, se le había indicado al alcalde que no estaba previsto dentro del contrato inicialmente; el cual no se había viabilizado, porque debía cambiarse la red de acueducto previamente; y, una vez se hizo, se vio viable hacerlo con unos recursos que habían quedado del contrato inicial.
- Con relación de la ejecución de las obras pendientes, indica que ya se asignaron los recursos para la pavimentación del sector de las Melenas, el cual es prioridad en los pliegos de condiciones que se proyectarán.

5.2. Del video aportado con la demanda.

En el documento 002 del expediente digital, reposa un video que se aporta con la demanda; video que carece de identificación relacionada la fecha de su elaboración, quién lo tomó, el formato del mismo, y, la identificación plena del lugar al cual corresponde.

Para efectos de determinar la posibilidad de valorar la prueba en mención, es necesario acudir al contenido del artículo 243 del Código General del Proceso que contempla como documento los vídeos, entre otros; y, al artículo 245 que define el documento auténtico, los cuales disponen:

“Artículo 243. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.”

Bastan los artículos mencionados para considerar por parte de esta Sala que, el video aportado carece de los elementos mínimos necesarios para poderlo valorar, pues no se tiene certeza de la fecha en que se realizó, cual fue el medio utilizado para ello, si es el original, o ha sido variado en su formato; no se sabe con exactitud a qué tramo de la vía se refiere, quien lo realizó y en la demanda no se hace mención al mismo, ni al fin con el que se aporta. Motivos por los cuales no será valorado por esta Sala de decisión.

Por otra parte, frente al oficio de 15 de diciembre de 2022, dirigido por JPS Ingeniería al INVÍAS, relacionado con el incumplimiento del contrato 1615-21 suscrito con el Consorcio Vías 2021, donde se hace un reporte fotográfico de unas obras

inconclusas en virtud del contrato suscrito, es necesario precisar que, la descripción que allí se hace corresponde a los tramos PR 61+400, PR73+050 al PR73+300, PR 74+330 al PR 74+798, sin que allí se haga alusión al sector de las Melenas; y, tanto en la contestación de la demanda por parte de INVÍAS, como en el testimonio rendido se deja presente que, el tramo que se discute en el presente asunto corresponde al sector las Melenas, ruta nacional 5003, sector que se ubica entre PR 74+0800 y 75+0150.

Por lo expuesto, es necesario precisar que, las imágenes que reposan en los oficios que se aportan por parte de JPS Ingeniería con la contestación de la demanda, si bien se relacionan allí como evidencia de incumplimiento del contratista, éstas corresponden a unos tramos de la vía diferente a los que son materia de discusión en este asunto.

6. De los hechos probados.

De las pruebas mencionadas se encuentra probado que, efectivamente el INVÍAS suscribió un contrato con el Consorcio VÍAS 2021, cuyo fin era el mejoramiento y mantenimiento de la vía Apía – Viterbo – Asía en los departamentos de Caldas y Risaralda, vía correspondiente a la Nación, y que se encuentra a cargo del INVÍAS; en la cual se encuentra incluido el tramo que se discute en este asunto.

Se demostró la suscripción de un contrato entre el INVÍAS y JPS Ingeniería S.A.S. con el objeto de realizar la interventoría al contrato antes mencionado.

Quedó demostrado que, efectivamente la vía del sector las Melenas, ruta nacional 5003, sector que se ubica entre PR 74+0800 y 75+0150, no está pavimentada, se encuentra en afirmado, y que, así lleva muchos años en funcionamiento.

El INVÍAS acreditó que tenía un contrato suscrito con la Cooperativa de trabajo asociado los Comuneros para el mantenimiento rutinario de varias vías, dentro de las cuales se encuentra la que se discute en este asunto, ello hasta el 27 de diciembre de 2022.

De igual manera, el INVÍAS acepta que, el contratista Consorcio 2021 incumplió con lo contratado, y que, el tramo de la vía que se tenía pendiente por pavimentar quedó sin pavimentación.

Del testimonio rendido se desprende que, la pavimentación de la vía del sector de las Melenas, inicialmente no estaba prevista en el contrato, pero, por una contingencia ocurrida y unos recursos que quedaron del contrato, se incluyó esa parte de la vía; a la cual se le hizo previa intervención de cambio de acueductos y adecuación previa a la pavimentación que se esperaba.

El testigo dio cuenta que la vía en discusión siempre ha estado sin pavimentar, en estado de afirmado, y que ésta se encuentra en buenas condiciones para el tránsito de vehículos, y que a la misma se le hace el mantenimiento necesario; y que, frente al incumplimiento del contratista se están adelantando los procesos pertinentes de declaratoria de incumplimiento y de hacer efectivas las cláusulas del contrato; y afirmó que, se encontraba en estudio un proyecto que incluye la pavimentación de esa vía en el sector de las Melenas, siendo prioridad por haber quedado faltando por pavimentar en virtud del contrato incumplido.

7. De los derechos que se reputan vulnerados.

La parte demandante sostiene que los derechos vulnerados en este asunto, son el goce de un ambiente sano; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

Es preciso reiterar que, el medio de control de defensa de derechos e intereses colectivos, está relacionado con la amenaza o vulneración de derechos colectivos, los cuales pueden ser quebrantados por actos, acciones u omisiones de la entidad pública, de un servidor o funcionario público en ejercicio de sus funciones, o de los particulares.

Y, a su vez, el artículo 88 de la Constitución Política establece en su inciso primero dispone:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

7.1. Del derecho al goce de un ambiente sano.

Frente al goce de un medio ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la Ley y las disposiciones reglamentarias el Consejo de Estado¹ ha precisado:

A partir de los citados mandatos, la jurisprudencia ha entendido y desarrollado que la noción de medio ambiente comprende los elementos biofísicos y los recursos naturales como el suelo, el agua, la atmósfera, la flora, la fauna, etc., los cuales pueden ser objeto de aprovechamiento por parte del ser humano, siempre que se haga de manera eficiente, es decir, teniendo en cuenta el criterio de aprovechamiento sostenible de los recursos, de suerte que se satisfagan las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades⁵⁰. Es así como, recientemente, la Sección Primera del Consejo de Estado hizo alusión al contenido de este derecho, en el sentido de resaltar el carácter ecológico de la Constitución de 1991; así como la obligación del Estado y de los particulares de proteger la diversidad e integridad del ambiente, y de prevenir y controlar los factores de deterioro de este.

(...)

De lo anterior se advierte que la defensa del medio ambiente constituye un objetivo primordial dentro del Estado Social de Derecho, ya que constituye el contexto vital del ser humano, indispensable para la supervivencia de las generaciones presentes y futuras. En efecto, todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a gozar de un ambiente sano, lo que genera, por un lado, el deber de velar por su conservación, y por el otro, el derecho de participar en las decisiones que puedan afectarlo. Igualmente, al Estado se le imponen cargas para lograr su protección, como lo son prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer sanciones legales por conductas lesivas al ambiente y exigir la reparación de los daños causados.

7.2. Del acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.

Con relación al acceso a una infraestructura que garantice la salubridad pública el Consejo de Estado² ha sostenido:

“(...) IX.4.3. Del derecho colectivo relacionado con el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.

La Carta Política consagró los servicios públicos como inherentes al bienestar

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 4 de octubre de 2018. CP. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 05001-23-33-000-2016-00713-01(AP).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 31 de julio de 2018. C.P. Magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés Rad. 13001-23-33-000-2011-00117-01(AP)

general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, constituyéndose su prestación en una finalidad social del Estado y, en consecuencia, corresponde a éste su regulación, control y vigilancia, además de asegurar su ejecución eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, así como dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y agua potable.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 de la Constitución Política y 5º, numeral 5.1 de la Ley 142 de 11 de junio 1994, el acceso a una infraestructura de servicios públicos es inherente a la finalidad social del Estado, razón por la cual debe garantizarse el acceso a una infraestructura de servicios adecuada para la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad, al respecto esta Sección se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] De otra parte, el artículo 365 de la Constitución Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, quien los podrá prestar, con sujeción al régimen fijado por la ley, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero en todo caso conservando su regulación, control y vigilancia.

Ahora bien, el artículo 331 de la Carta Política, consagra que:

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

De allí que tanto la Nación como las entidades territoriales, tengan el deber de garantizar a los ciudadanos una infraestructura de servicios, que proteja su derecho a la salud, de lo que se sigue que este derecho colectivo está íntimamente relacionado con la vida en condiciones dignas, lo que tiene por consecuencia que el Estado debe realizar para su consecución acciones afirmativas, por medio de las cuales se otorguen a las personas los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas relacionadas con la salubridad pública (...) (Subraya la Sala).

7.3. Con relación al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsiblestécnicamente el Consejo de Estado²² ha sostenido:

“(...) La relevancia de la actividad preventiva en el Estado Social de Derecho tiene sustento en que el bienestar social debe lograrse a través del despliegue de conductas que mitiguen las trasgresiones o amenazas de los bienes jurídicos superiores de las personas, es por tal motivo que las entidades públicas tienen la obligación de construir un modelo que provea de esas medidas, de manera que sea posible anticipar los riesgos propios a las circunstancias en que se desarrollan las actividades sociales, con miras a reducir la probabilidad de materialización de desastres.

En tal escenario, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsiblestécnicamente, le encarga al Estado el deber de proveer a los habitantes de los mecanismos e instrumentos para que aquellos hechos riesgosos puedan ser controlados de manera eficiente y eficaz; así debe verse desde la perspectiva de promoción en la que las autoridades estatales adelanten actuaciones, expidan reglamentos o celebren

contratos, entre otras manifestaciones, orientadas a adoptar las medidas pertinentes, anticipándose a las calamidades.

De igual manera, y frente al contenido y alcance del derecho colectivo en mención el Consejo de Estado³ consideró:

“(…) Proclamado por el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción - ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio”.

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De ahí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de “evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”, ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más– de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones).

Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que, por ende, ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan.

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a la seguridad pública ha sido definido como “parte del concepto de orden público (...) concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas”.

Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaure como estándar de sus actuaciones. No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles decumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales (...). (Subraya la Sala).

Por su parte la gestión del riesgo de desastres está definida en la Ley 1523 de 24 de abril de 2012 como “*un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible*”, de manera que, el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles está ligado al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, específicamente al de “*proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades*”.

Una vez definidos los alcances de los derechos colectivos que la demandante invoca como vulnerados en este asunto, pasa la Sala a estudiar el fondo del asunto, para establecer la existencia de violación o amenaza de los derechos colectivos referidos, así como la responsabilidad de las demandadas, y la actuación de cada una de estas, a la luz de la normativa aplicable y, en concordancia con las pruebas que reposan dentro del proceso, para impartir, si es del caso, las órdenes a que haya lugar.

10. De los deberes del INVÍAS.

El Decreto 1292 de octubre 14 de 2021, por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS - vigente al momento de presentación de la demanda, precisa en sus artículos 1 y 2 el objeto y las funciones de dicho instituto respectivamente así:

“Artículo 1°. Objeto del instituto nacional de vías - INVÍAS. El Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, tendrá como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial, marítima y sus infraestructuras conexas o relacionadas, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.

Artículo 2°. Funciones del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS. Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, desarrollará las siguientes funciones generales:

2.1 Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura de transporte de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Transporte.

2.2 Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación operación y mantenimiento, atención de emergencias y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia.

2.3 Coordinar con el Ministerio de Transporte la ejecución de los planes y programas de su competencia.

2.4 Adelantar investigaciones, estudios, análisis y proyectos para aportar lineamientos técnicos al Sector.

2.5 Asesorar y prestar apoyo técnico, así como en la ejecución de proyectos a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados encargados de la construcción, mantenimiento y atención de infraestructuras a su cargo, cuando ellas lo soliciten, se cuente con recursos o se acuerde con el INVÍAS.

2.6 Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura de transporte de su competencia o a su cargo.

2.7 Realizar operaciones financieras que permitan anticipar recursos futuros u otros esquemas tendientes a la obtención de nuevas fuentes de financiación.

2.8 Celebrar todo tipo de negocios, contratos y convenios que se requieran para el cumplimiento de su objetivo.

2.9 Elaborar, conforme a los planes del sector y de la entidad la programación de compra de terrenos y adquirir los que se consideren prioritarios para el cumplimiento de sus objetivos.

2.10 Llevar a cabo todas las acciones relacionadas con: la contribución nacional de valorización, obras por impuestos, regalías, cooperación, de conformidad con la normatividad vigente y/o los lineamientos del Ministerio de Transporte.

2.11 Dirigir y supervisar la elaboración de los proyectos para el análisis, liquidación, distribución y cobro de la contribución nacional de valorización, causada por la construcción y mejoramiento de la infraestructura de transporte de su competencia.

2.12 Adelantar los conceptos, estudios técnicos y jurídicos de viabilidad del cobro de la contribución nacional de valorización en relación con la infraestructura del sector transporte, de conformidad con la ley.

2.13 Ejercer como administrador tributario de la contribución nacional de valorización conforme a las normas vigentes.

2.14 Prestar asesoría en materia de valorización, a los entes territoriales y entidades del Estado que lo requieran.

2.15 Proponer los cambios que considere convenientes para mejorar la gestión administrativa.

2.16 Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso.

2.17 Ejecutar los planes, programas y proyectos relacionados con el desarrollo de la infraestructura a su cargo y prioridades nacionales.

2.18 Supervisar la ejecución de las obras y proyectos conforme a los planes y prioridades nacionales.

2.19 Controlar y evaluar la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con el desarrollo de la infraestructura a su cargo.

2.20 Definir, expedir y adoptar la regulación técnica relacionada con la infraestructura de los modos de transporte carretero, fluvial, férreo y marítimo.

2.21 Impulsar la innovación y sostenibilidad por medio de la investigación e implementación de nuevas tecnologías, proponiendo soluciones a las problemáticas de infraestructura de transporte.

2.22 Coordinar con la Agencia Nacional de Infraestructura la entrega, mediante acto administrativo de la infraestructura de transporte y bienes conexos, en desarrollo de los contratos de concesión e igualmente el recibo de esta, una vez se den las reversiones. Está infraestructura pasa a ser competencia del INVIAS, exceptuando los pasos urbanos por ciudades capitales, conforme con el Decreto 2171 de 1992.

2.23 Las demás que se le asignen.”

De lo anterior, se tiene que el INVÍAS tiene dentro de sus funciones la obligación de ejecutar las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de infraestructura de la red de vías nacional de carreteras; así como de supervisar la ejecución de las obras y proyectos a su cargo.

Cono se dijo en precedencia, se encuentra acreditado que, el INVÍAS suscribió los contratos necesarios para el mejoramiento y mantenimiento de la vía Apía – Viterbo – Asía en los departamentos de Caldas y Risaralda, ello mediante el contrato número 1383 de 2021, el cual fue prorrogado 6 veces hasta el 29 de noviembre de 2022; y que, suscribió contrato con la Cooperativa de trabajo asociado los Comuneros para

el mantenimiento rutinario de las vías a cargo del instituto, dentro de la cual se encuentra el tramo de vía que se discute.

Por su parte, la demandada JPS Ingeniería SAS fue contratada por el INVÍAS para llevar a cabo la interventoría del contrato antes mencionado; sin que tenga a su cargo ni la ejecución de éstos, ni la pavimentación de la vía cuestionada.

Ahora bien, una vez definidos los alcances de los derechos colectivos que la demandante invoca como vulnerados en este asunto, se tiene que ésta manifiesta que se vulneran los derechos de goce de un ambiente sano; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; por cuanto el estado de la obra ha dejado repercusiones en el sector, como huecos que no fueron tapados, que hacen que cuando pasen los vehículos las viviendas a su alrededor se vean afectadas, aduce que no hay andenes para los transeúntes caminar, y que, el aumento del polvo ha generado problemas de salud en los habitantes del sector.

Frente a la vulneración del goce de un ambiente sano y el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, esta Sala no encuentra prueba que indique que la población que habita o transita por la vía las Melenas vea padecimientos de su salud, ni que sus derechos se vean vulnerados con la falta de pavimentación de la zona que se cuestiona; ni que la falta de ésta pavimentación, traiga consigo dificultades sanitarias o que genere problemas de salubridad en la población del sector. Máxime, cuando en la demanda solo se ha hecho referencia a que, el polvo de la vía aumenta los problemas de salud de los habitantes, sin acreditar dicha afirmación mediante ningún medio de prueba.

Respecto del derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, tampoco encuentra esta Sala acreditada su vulneración con la falta de pavimentación del tramo de vía que se discute; por cuanto INVÍAS sostiene que, dicha situación no representa riesgo alguno para los habitantes del sector; y, contrario a la afirmación de la demandante, en el testimonio rendido por el Ingeniero civil, profesional especializado del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS -, señor Carlos Eduardo Zuluaga Muñoz, se dijo que la vía estaba en buenas condiciones para su tránsito, que no representa un peligro el hecho que esté sin pavimentar, pues la vía se ha encontrado siempre no con pavimento, sino con “afirmado” , a la cual se le hacen los mantenimientos necesarios para que conserve su estructura, y no se vea afectada en las

temporadas de invierno.

No se demostró en este caso que, se hayan vulnerado las condiciones naturales y de seguridad de las personas del sector de las Melenas con la falta de pavimentación de ese tramo vial, y tampoco se encuentra que, la falta de pavimentación de ese tramo, constituya uno de los riesgos mencionados en la demanda, como se dijo anteriormente.

Es necesario tener presente que, lo que se discute en este caso es la vulneración de derechos colectivos con ocasión a la falta de pavimentación de un tramo vial; atribuible ésta, a un incumplimiento contractual de Consorcio Vías 2021 contratado por el INVÍAS.

Ahora bien, que, en el presente caso se tenga por acreditado el incumplimiento referido, esa situación per se, no puede dar lugar a la declaratoria de vulneración de los derechos colectivos invocados; resaltando que, tanto el INVÍAS, como la demandada JPS Ingeniería S.A.S. han pretendido demostrar que, han adelantado las gestiones necesarias para la declaratoria de incumplimiento del contratista, para el cumplimiento de las cláusulas contractuales, y, para que se lleve a cabo la pavimentación esperada en el sector, mediante un proyecto ya radicado, que se encuentra a la espera del pliego de condiciones respectivo.

Situaciones éstas, que escapan de pronunciamiento alguno dentro de este medio del control, tal como fue planteado por la demandante, que lo que pretende es el amparo del goce de un ambiente sano; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y, en vista que la finalidad de las acciones populares es evitar el daño contingente, daño contingente no demostrado; hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos; vulneración que tampoco se encuentra acreditada en este asunto; y, restituir las cosas a su estado anterior, lo cual tampoco es del caso, por cuanto se acreditó contrario a ello, que la vía las Melenas no ha estado pavimentada, y siempre ha estado en “afirmado”, no encuentra la Sala vulneración alguna de los derechos invocados en la demanda.

Por lo considerado, al no encontrarse acreditada la vulneración de los derechos colectivos invocados por la parte demandante, se negarán las pretensiones de la

demandante, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

11. Costas.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación unificó su jurisprudencia en relación con la procedencia y reconocimiento de condena en costas en acciones populares mediante sentencia del 6 de agosto de 2019,³⁴ en la que precisó:

“(…) 165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código General del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia”.

Así las cosas, y por cuanto en este asunto no obra prueba sobre la causación de expensas, gastos o agencias en derecho, durante el curso del proceso, ni mala fe o temeridad en ejercicio del medio de control, no habrá condena en costas.

Sumado al argumento anterior, en este caso la demanda se presentó por la señora María Alejandra Castaño García en su calidad de personera municipal de Viterbo, Caldas, como parte del ejercicio de las funciones propias de su cargo.

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

III. Falla

Primero: Negar las pretensiones de la demandante.

Segundo: Sin condena en costas.

³ Exp. 2017-00036-01(AP)REV-SU, M.P. Rocío Araújo Oñate.

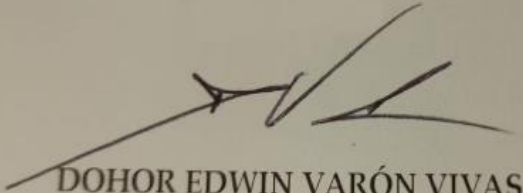
Tercero: Ejecutoriada esta providencia **Archívense** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el Sistema Justicia XXI.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 277

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN	17-001-23-33-2023-00033-00
CLASE:	CONFLICTO DE COMPETENCIAS
DEMANDANTE:	INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS -INFICALDAS-
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a resolver el conflicto de competencia de la referencia.

I. Antecedentes

Mediante escrito del 23 de febrero de 2023 (documento 002 del expediente digital), el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas, en adelante INFICALDAS, mediante apoderado judicial planteó ante esta Corporación conflicto negativo de competencias con fundamento en los siguientes

1. Hechos.

- Que el día 17 de enero de 2023, Colpensiones radicó el oficio BZ2022_12653033-0164542 ante la Gobernación de Caldas, con el que remite copia del proyecto de acto administrativo a través del cual se dispone a reconocer pensión de vejez a favor del señor Mario Castellanos Suarez identificado con cédula de ciudadanía número 10.239.551.
- Que, en el proyecto de acto administrativo, Colpensiones le asignó una cuota parte a TURCALDAS así:

Administradora	Días		V. Cuota	%

INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS	723		79.000.00	7,90%
TUCALDAS	95		10.400.00	1,04%
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	709		77.500.00	7,75%
COLPENSIONES	7,624		883.100.00	83,31%

- Que mediante oficio N°. UPS-0170 del 14 de febrero de 2023, la Gobernación de Caldas remitió por competencia a INFICALDAS la solicitud de Colpensiones, argumentando que INFICALDAS es la entidad competente para dar respuesta a la consulta realizada por Colpensiones, por haber recibido todos los activos de la extinta TURCALDAS y por consiguiente asumir las obligaciones que se le asignen a la misma.
- Afirma que, *“mediante ordenanza N°. 031 del 29 de noviembre de 1972 la Asamblea Departamental de Caldas creó el Instituto para el Desarrollo de Caldas “IDECA” cuyos objetivos eran: Cooperar en el fomento económico, social y cultural de las regiones y los municipios del Departamento de Caldas, mediante la prestación de servicios de créditos, garantía y asesoría técnica a favor de obras de servicio público que operen dentro del Departamento¹. En esa época no existía la Corporación Departamental de Turismo de Caldas “TURCALDAS”, ni IDECA tenía obligaciones con una entidad similar, tal y como se corrobora en la Ordenanza mencionada.”*
- Que el 29 de octubre de 1980 mediante ordenanza 002, la Asamblea del Departamento de Caldas crea la Sociedad de Economía Mixta de Responsabilidad Limitada, para la promoción y explotación de la Industria Turística en el Departamento, denominada *“Corporación Departamental de Turismo de Caldas – TURCALDAS”*, la cual fue constituida mediante escritura pública No. 2.868 del 31 de diciembre de 1980 de la Notaría Primera del Círculo de Manizales.
- Que por ordenanza N° 265 de 1998 la Asamblea Departamental de Caldas autorizó al Departamento de Caldas para efectuar la cesión de las cuotas o partes de interés social que poseía la *“Corporación Departamental de Turismo de Caldas “TURCALDAS” LTDA* al Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas “INFICALDAS”; y, con la ordenanza N° 280 de 1998, se derogó la 002 del 29 de octubre de 1980 y ordenó la suspensión de “TURCALDAS”.
- Afirma que, el 21 de diciembre de 1998, se suscribió el acta final de liquidación de TURCALDAS en la que se estableció que, en INFICALDAS quedarían todos los activos de la mencionada TURCALDAS, atendiendo a que el pasivo es a favor del Instituto, y que, frente a los pasivos pensionales no hubo pronunciamiento.

¹ Cita de cita: artículo segundo Ordenanza 031.

- Que mediante escritura pública N° 2 del 15 de enero de 1999 se adjudicó un bien inmueble de propiedad de la sociedad liquidada ubicado en el Municipio de Palestina, Paraje Santagueda a INFICALDAS.

2. Fundamentos de hecho.

INFICALDAS señala que no se observa que la planta de personal de la extinta TURCALDAS haya quedado en cabeza del mismo, toda vez que, en los actos administrativos no se evidencia que se haya adquirido el pasivo pensional de sus ex trabajadores.

Sostiene que, lo que se recibió por parte del Instituto, según la Escritura referida, fueron los bienes inmuebles que fueron entregados a INFICALDAS mediante escritura pública número 2 de 15 de enero de 1999, lo que recibió el Instituto fueron los bienes inmuebles, y que allí, no se hace referencia a sumir cargas laborales relacionadas con certificaciones de tiempos laborados; y que, no recibieron la documentación concerniente a las personas que trabajaron para la extinta entidad.

Aseguró que los archivos reposan en la Gobernación de Caldas y por tal razón, INFICALDAS no puede certificar tiempos de servicio y asumir pagos de deudas pensionales, sin haber asumido dicha carga obligacional, pues estaría incurriendo en detrimento patrimonial.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Se presentó el escrito de conflicto de competencia el 23 febrero de 2023, y mediante auto de 8 de mayo de 2023, se ordenó a la Secretaría de esta Corporación publicar el edicto correspondiente, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, el cual se fijó en la secretaria de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que la autoridad involucrada presentará sus alegatos; como consta en los documentos 005, 006 y 007 de expediente digital.

En constancias secretarial de 27 de mayo de 2023 (documento 010 del expediente digital) se informa al Despacho que las partes de este asunto, allegaron los respectivos pronunciamientos.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas -INFICALDAS- (Documento 008 del Expediente digital)

INFICALDAS presentó al Tribunal los siguientes argumentos:

- Considera que se debe determinar en este asunto cuál es la autoridad encargada de resolver el derecho de petición radicado por Colpensiones respecto de la asignación de la cuota parte pensional del señor Mario Castellanos Suárez tendiente a obtener el tiempo de servicios por haber laborado con TURCALDAS.

- Afirma que, mediante escritura pública N° 002 del 15 de enero de 1999 de la Notaría Única de Palestina, se adjudicó a INFICALDAS los activos existentes de TURCALDAS, ello a raíz de las obligaciones adquiridas con el Instituto por un crédito del cuál era acreedor y que, se resolvió cancelar con la entrega de los activos para cancelar dicha acreencia, lo que no implica que al INFICALDAS es beneficiario de los activos, asuma el pago de pasivos pensionales o que haya adquirido la responsabilidad frente a los trabajadores del extinto TURCALDAS.

- Sostiene que, el acta de liquidación de la Corporación de Turismo de Caldas Limitada estableció que se pagó la totalidad del pasivo externo, excepto la deuda con INFICALDAS, esto quedando consignado en el respectivo documento, así:

“2. Liquidación de la Sociedad.

En este estado la Liquidadora manifestó que el objeto de la reunión el de aprobar la liquidación definitiva de la sociedad, como quiera que ya se habían desarrollado todas las actividades tendientes a tal fin. En efecto, se pagó en su totalidad el pasivo externo, excepto la deuda a favor de INFICALDAS. Se protocolizó el acta de disolución y se inscribió en la Cámara de Comercio de Manizales; se publicó en el Diario La Patria el aviso de Ley y se informó de la liquidación a la DIAN.

(...)

Como quiera que la Asamblea Departamental de Caldas en las Ordenanzas No. 257 y 265 de 1998, ordenó la cesión de la totalidad de las cuotas que actualmente poseen los socios DEPARTAMENTO DE CALDAS, INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, SERVICIO DE SALUD DE CALDAS en la sociedad, a favor del INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS INFICALDAS, este quedaría con el 100% del capital; y teniendo en cuenta además que la totalidad del pasivo que se presente en el Balance es a favor de INFICALDAS, a esta se le adjudicarán la totalidad activos.”

- Asegura que lo que se adjudicó a INFICALDAS fue el activo por la deuda que TURCALDAS tenía asumida con el Instituto, y que, no por ello se debe asumir el pasivo pensional, pues ello no quedó establecido en el acta de liquidación.

- Afirma que el archivo documental de los extrabajadores de TURCALDAS se dejó en custodia del Departamento de Caldas; y que, la única documentación que quedó en el Instituto tiene que ver con los bienes inmuebles entregados en virtud de la escritura pública 002 del 15 de enero de 1999, y que no tiene conocimiento de los documentos relacionados con las personas que trabajaron en TURCALDAS.

- Refiere que, la Gobernación de Caldas continúa remitiendo derechos de petición por cuanto considera que el Instituto es el competente para resolver dichas peticiones, sin embargo,

INFICALDAS no puede certificar tiempos de servicio ni asumir el pago de deudas pensionales sin haber aceptado la carga obligacional, pues estaría incurriendo en detrimento patrimonial.

2. Departamento de Caldas. (Documento 009 del Expediente digital)

El Departamento presentó al Tribunal los siguientes argumentos:

- Acepta los hechos planteados por INFICALDAS; y aclara en el hecho séptimo, que cuando se refiere a pasivo, se debe entender como un todo incluyendo lo correspondiente al pasivo pensional, es decir, INFICALDAS recibió activos y pasivos de TURCALDAS, por lo que, negar asumir el pasivo pensional no es comprensible.
- Relata que, el 29 de noviembre de 1972 se creó el Instituto para el Desarrollo de Caldas (IDECA) que tenía como objetivo cooperar al fomento económico, social y cultural de las regiones y de los municipios del Departamento de Caldas; como persona jurídica descentralizada por servicios del orden departamental con autonomía administrativa, patrimonio propio, representante legal y personería jurídica, la cual contaba con empleados propios.
- Aduce que mediante ordenanza N° 002 del 25 de noviembre de 1982, se declaró disuelto el IDECA y se creó el Fondo de Fomento y Desarrollo de Caldas (FODECAL) que tenía como finalidad promover el desarrollo del Departamento de Caldas. El patrimonio de FODECAL fue constituido con todos los bienes muebles, inmuebles y valores de FODECAL, así como sus pasivos; y que, por la ordenanza N° 234 de 1998, se modificaron los estatutos de FODECAL y se establece INFICALDAS entidad con personería jurídica, patrimonio propio, representante legal y autonomía administrativa; y, en su artículo 5, indica que el patrimonio de INFICALDAS estará constituido con los bienes, rentas, acciones, cuotas de interés de FODECAL.
- Concluye de lo expuesto que, INFICALDAS es el continuador de las obligaciones del extinto IDECA y FODECAL por lo que, no existe razón jurídica para que el Departamento se haga cargo con sus recursos del pasivo pensionales generado a los ex empleados.
- Mediante ordenanza N° 002 del 29 de octubre de 1980 se creó TURCALDAS; y, posteriormente por ordenanza N° 265 de 1998, la Asamblea Departamental del CALDAS autorizó al Departamento de Caldas para efectuar la cesión de las cuotas o partes de interés social que poseía TURCALDAS a INFICALDAS; y que, se ordena la supresión de la Sociedad de Economía Mixta "TURCALDAS" y, el día 21 de diciembre de 1998 se suscribió el acta final de liquidación de TURCALDAS en la que se estableció que INFICALDAS quedaría con todos los activos atendiendo a que el pasivo es a favor del Instituto, asumiendo INFICALDAS los pasivos de la extinta entidad, incluyendo el pensional.

Como sustento de su pretensión señala que si bien existió un contrato entre el Departamento y Cajanal para el pago de derechos pensionales, este sólo tuvo vigencia entre el primero (1) de febrero de 1967 y el treinta y uno (31) de agosto de 1979, y teniendo en cuenta que, TURCALDAS nació a la vida jurídica en 1980, el Departamento considera que no es competente y según un asesor externo de INFICALDAS, siendo esta última la responsable del reconocimiento pensional, quien debe responder por los periodos comprendidos entre 1979 y 1989.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Es competente este Tribunal Administrativo para conocer del conflicto de competencias de la referencia, por cuanto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), dispone:

“CONFLICTOS DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

<Inciso modificado por el artículo 2 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los cuarenta (40) días siguientes: Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán.”

En el mismo sentido, el artículo 151 del código en cita dispone:

“[...]

- 1. De los de definición de competencias administrativas entre entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal, o entre cualquiera de ellas cuando estén comprendidas en el territorio de su jurisdicción.”*

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala en primer lugar resolver si ¿la controversia presentada corresponde o no a un conflicto negativo de competencias administrativas, susceptible de ser tramitado conforme al artículo 39 del CPACA.?

Y, de ser así, ¿cuál es la entidad competente para responder por la cuota parte pensional asignada por la AFP Colpensiones en el proyecto de acto administrativo encaminado a resolver el derecho de pensión del señor Mario Castellanos Suárez?

3. Análisis del conflicto

De acuerdo con lo expuesto, se evidencia que, la AFP Colpensiones remitió a la Gobernación de Caldas, el proyecto de acto administrativo encaminado al reconocimiento pensional del señor Castellanos Suárez; oficio que fue remitido a INFICALDAS bajo el argumento de que era el Instituto el encargado de responder la solicitud hecha por la AFP, por cuanto fueron ellos quien recibieron el 100% de los activos de TURCALDAS, incluyendo entonces el pasivo pensional de los trabajadores de la extinta entidad.

El Departamento de Caldas manifiesta que si bien es cierto que tenía un contrato con Cajanal, correspondiéndole asumir las obligaciones pensionales de los empleados del departamento y sus entidades descentralizadas, dicho contrato estuvo vigente entre el 1 de febrero de 1967 al 31 de agosto de 1979, y por tanto, al haberse dado la vinculación del señor Mario Castellanos entre el 04 de agosto de 1982 y el 08 de noviembre de 1982, ese periodo escapa de la vigencia del referido contrato y, en ese sentido, el pasivo pensional debe ser asumido por INFICALDAS; por lo que, para esta Sala no existe discusión frente a que el señor Castellanos Suarez laboró en TURCALDAS entre los periodos antes mencionados.

Por su parte, el término que se le establece a las entidades para aceptar u objetar la cuota parte pensional en el artículo 11 del decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, son quince (15) días hábiles; en caso de que no lo hicieran y una vez vencido el término, se entenderá aceptada y se procederá a expedir resolución definitiva de reconocimiento de pensión; término que se suspendió en virtud del conflicto de competencias presentado; el cual, una vez resuelto se reanudarán los términos, como lo precisa el artículo 39 del CPACA.

De cara con lo expuesto por las partes, y referido en precedencia, es preciso traer a cita consideraciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado², en un caso similar a este, en el que se pronunció en los siguientes términos:

[...]

18. Finalmente, el 19 de septiembre de 2019, el departamento de Caldas, en atención a la última orden de tutela presentó el presunto conflicto de competencias administrativas de la

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Édgar González López. Diciembre 03 de 2019. Radicado: 11001-03-06-000-2019-00169-00(C)

referencia, con el fin de que la Sala analice los antecedentes expuestos en precedencia y haga las siguientes declaraciones:

(...) DECLARAR la falta de competencia del Departamento de Caldas para hacer el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional de la señora AMPARO QUINTERO JARAMILLO, por el tiempo de servicios prestados a la Asamblea Departamental de Caldas, del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1973.

DECLARAR la competencia de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos pensionales- y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, UGPP, para hacer el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional de la señora AMPARO QUINTERO JARAMILLO, por el tiempo de servicios prestados a la Asamblea Departamental de Caldas, del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1973. (...)

(...) La Sala observa en el presente caso que la controversia presentada entre la UGPP, el departamento de Caldas, la Asamblea del mismo departamento y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no corresponde a un conflicto negativo de competencias administrativas, por las siguientes razones:

En primer lugar, se precisa que las autoridades en controversia no tienen duda respecto a que la señora Amparo Quintero Jaramillo laboró en la Asamblea del Departamento de Caldas del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1973. Asimismo, que con fundamento en el contrato interadministrativo suscrito entre el departamento de Caldas y Cajanal el 16 de diciembre de 1968, le correspondía al ente territorial pagar a esta caja de previsión los aportes para pensión por aquel periodo.

(...)
Lo que en realidad existe es una controversia económica entre el departamento de Caldas y la UGPP, respecto de los pagos de los aportes para pensión de la señora Amparo Quintero Jaramillo se realizaron por el periodo laborado por ella en la Asamblea Departamental de Caldas entre el 1 de octubre y el 30 de noviembre de 1973, y si hubo un incumplimiento de una obligación contractual.

En efecto, el departamento de Caldas asegura que efectuó los correspondientes descuentos y pagos a la extinta Cajanal de la forma como se pactó en aquel contrato interadministrativo. La UGPP, por el contrario, arguye que no hay constancia del pago de aportes para pensión por aquel periodo, lo cual supondría un incumplimiento del mismo contrato.

Esta controversia económica, suscitada entre el departamento de Caldas y la UGPP, por un supuesto incumplimiento contractual, no le corresponde solucionarlo a la Sala. Para resolverlo, estas entidades o la AFP encargada del trámite pensional tendrán que acudir ante las instancias administrativas o judiciales competentes para dirimir esta clase de asuntos, con el fin de determinar si se cumplió o no con las obligaciones contractuales, en relación con las cotizaciones para pensión de la señora Amparo Quintero Jaramillo.

(...)
El marco normativo contemplado en el artículo 39 del CPACA para dirimir conflictos de competencias administrativas, no otorga facultades adicionales a la Sala para dirimir pretensiones económicas de entidades públicas, ni para determinar cumplimientos o incumplimientos contractuales, y por tanto, resulta improcedente la solicitud del departamento de Caldas en este sentido.

(...)
Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE: PRIMERO: DECLARARSE INHIBIDA para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas presentado por el departamento de Caldas.
[...]" (Subraya la Sala)

A juicio de esta Sala de Decisión, no existe conflicto referente a cuál de las entidades tenía la carga pensional para la época de vinculación del señor Mario Castellanos Suarez, pues está claro que la cuota pensional reclamada corresponde al periodo causado entre el 04 de agosto de 1982 y 08 de noviembre de 1982, tiempo en el cual el afiliado estuvo vinculado a TURCALDAS.

Advierte la Sala que, la controversia se centra en la asignación de la cuota parte pensional a favor del señor Castellanos Suarez, pues entre tanto INFICALDAS afirma que, no es el

competente para responder las solicitudes ni asumir cuotas partes pensionales de los extrabajadores de TURCALDAS, el Departamento, considera que, para el tiempo en que la extinta entidad nació a la vida jurídica, el contrato suscrito con CAJANAL ya no estaba vigente, por lo que, corresponde a INFICALDAS asumir el pasivo pensional y el pago de las cuotas partes pensionales, por cuanto fueron ellos quienes recibieron el capital de TURCALDAS; situación que evidencia que, la controversia que se plantea, es de carácter económico que debe ser resuelta por las autoridades administrativas competentes, con el fin de que se determine cuál de las entidades es la responsable de las cuotas partes pensionales solicitadas por la AFP Colpensiones en favor del señor Mario Castellanos.

Por lo expuesto, al considerarse el conflicto entre INFICALDAS y el Departamento de Caldas, de carácter económico, por derivarse de la asignación de cuotas partes pensionales en favor del señor Mario Castellanos Suarez, no puede ser considerado como un conflicto de competencia administrativa, de manera que, esta Sala de Decisión, se declarará inhibida para adoptar una decisión frente al conflicto formulado como se dirá en la parte resolutive.

Finalmente, se precisa que, en este sentido ya ha habido pronunciamientos por parte de este Tribunal.³

Por lo expuesto, se resuelve:

V. RESUELVE

Primero: DECLÁRSE INHIBIDO este Tribunal para conocer del conflicto negativo de competencias administrativas suscitado entre el INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS- y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

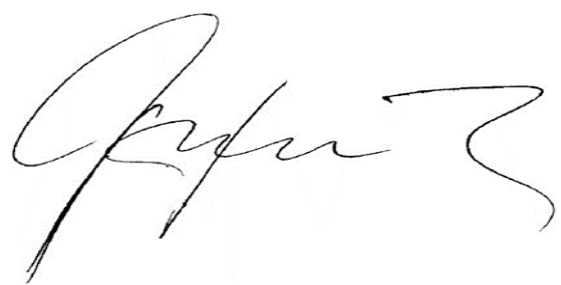
Segundo: COMUNÍQUESE la presente decisión al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS-, el DEPARTAMENTO DE CALDAS y COLPENSIONES

Tercero: REMÍTASE inmediatamente el expediente al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS-.

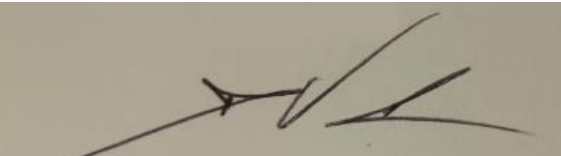
3 Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Segunda de Decisión. Auto de 2 de diciembre de 2022. MP. Dr. Augusto Morales Valencia. Rad. 17001 23 000 2022 00197 00.
Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Tercera de Decisión. Auto de octubre 13 de 2023. MP. Dr. Dohor Edwin Varón Vivas. Rad. 17001 23 000 2023 00163 00.

Cuarto: Los términos legales a que se encuentra sujeta la actuación administrativa se reanudarán a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia.

Notifíquese y Cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 204

Radicado: 17-001-23-33-000-2023-00163-02
Naturaleza: Conflicto negativo de competencias administrativas
Solicitante: AFP Protección S.A.
Entidades: Inficaldas y Departamento de Caldas

Se procede a resolver el conflicto de competencias que en criterio de la AFP Protección se suscita entre Inficaldas y el departamento de Caldas.

I. Antecedentes

1. La solicitud

Se señaló en síntesis que, la AFP Protección, solicitó el 20 de febrero de 2023 a Inficaldas tramitar el bono pensional que tiene derecho el señor Jorge Arturo Aristizábal Valencia por el tiempo laborado entre el 20 de abril de 1981 al 7 de junio de 1982.

Inficaldas comunicó el 11 de julio de 2023 a Protección S.A., que había dado traslado de dicha solicitud al Departamento de Caldas, por considerar que dicho ente es el competente para resolverla. Por su parte, el Departamento de Caldas remitió a Protección oficio del 4 de agosto de 2023, en el que informó que el competente para resolver la solicitud es Inficaldas.

El Fondo Pensional solicitante señaló que, se presenta una evidente colisión de competencias entre Inficaldas y el Departamento de Caldas, en tanto ambas se consideraron no competentes para resolver la petición, lo que cercena la posibilidad de ejercer eficazmente los derechos constitucionales de los artículos 20 y 23 de la Carta Política.

Señaló que, ninguna de las autoridades administrativas dio cumplimiento a lo ordenado por el inciso primero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 pues pretermitieron su obligación de remitir lo actuado ante el Tribunal Administrativo correspondiente.

2. Pronunciamiento de las convocadas

2.1. Inficaldas

Señaló que, el señor Jorge Arturo Aristizábal Valencia estuvo vinculado con el entonces Ideca (hoy Inficaldas) como Veterinario; que dicha entidad giró al departamento de Caldas los recursos destinados a Cajanal para las pensiones de cada uno de los trabajadores; lo anterior debido a que la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas ha certificado que los empleados y obreros del departamento de Caldas, la Asamblea departamental, la

Contraloría de Caldas, la Industria Licorera de Caldas, la Seccional de Salud de Caldas y de otros entes descentralizados como Ideca, fueron afiliados a Cajanal e incluidos dentro del Convenio que se suscribió en 1968.

Que el Instituto mediante oficio J.O.J 35 – 2021 del 9 de marzo de 2021, trasladó por competencia la citada petición al departamento de Caldas, adjuntando los soportes que acreditaban el pago de los descuentos por afiliación a Cajanal.

Por lo anterior señaló que, si bien el señor Aristizábal Valencia, laboró para la entidad, las cuotas concernientes a pensión que se descontaron con destino a Cajanal, fueron consignadas a órdenes de la Tesorería del departamento de Caldas, entidad que debía realizar el pago a Cajanal..

2.2. El Departamento de Caldas

Señaló que existió un contrato entre el Departamento y Cajanal para el pago de derechos pensionales, el cual sólo tuvo vigencia entre el 1 de febrero de 1967 y el 31 de agosto de 1979. Por tanto, al referirse el presente asunto de la expedición de un bono pensional por un periodo laborado con posterioridad a la finalización de dicho contrato, corresponde al Inficaldas asumir el pago del pasivo pensional.

Afirmó que existen problemas para el reconocimiento de los tiempos para efectos de emisión de los bonos pensionales, pues los aportes eran realizados en forma global por el total de la nómina, y no se hacían afiliaciones individuales, por lo que el departamento no cuenta con archivos que permitan individualizar los aportes realizados a Cajanal.

II. Consideraciones/

1. Competencia

El artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, dispone:

***Artículo 39. Conflictos de competencia administrativa.** Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. (...)*

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

El conflicto de competencia administrativa entre Inficaldas y el departamento de Caldas, entidades del orden territorial, fue propuesto por la AFP Protección, quien acredita su interés al tener entre sus afiliados al señor Jorge Arturo Aristizábal Valencia, quien acudió ante dicho fondo a gestionar el bono para definir su situación pensional.

Además, la AFP Protección cuenta con facultades para acudir al presente trámite, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Decreto 656 de 1994 corresponde: *“...a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad”*

De acuerdo con lo analizado esta Corporación es competente para decidir sobre el conflicto de competencia administrativa que en criterio de la AFP Protección se suscita entre Inficaldas y el departamento de Caldas.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer en primer lugar, si la controversia presentada corresponde o no a un conflicto negativo de competencias administrativas, susceptible de ser tramitado conforme al artículo 39 del CPACA.

Para ello se analizarán: i) hechos relevantes acreditados; ii) el fundamento jurídico sobre el alcance del trámite especial de que trata el artículo 39 del CPACA y iii) análisis sustancial del caso concreto.

3. Hechos relevantes

-. Conforme al oficio JO.J 35-2021 del 9 de marzo de 2021 Inficaldas, en virtud a requerimiento de tiempo laborado y semanas cotizadas durante los años 1981 a 1982 por el señor Jorge Arturo Aristizábal Valencia, la entidad dio traslado de la petición a la Oficina de Gestión de Talento Humano del departamento de Caldas, remitiendo copia de las facturas de remesa de fondos enviados al ente territorial, durante los años 1981 a 1982, así como las nóminas de abril de 1981 y junio de 1982, ello para señalar que el señor Jorge Arturo Aristizábal Valencia estuvo vinculado con Inficaldas como veterinario, y que en ese entonces el *Ideca* giró al departamento de Caldas los recursos destinados a Cajanal para la pensión del señor Aristizábal.¹

-. Posteriormente, AFP Protección instauró acción de tutela contra Inficaldas, la cual fue resuelta mediante fallo del 31 de mayo de 2022 por el Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín, radicado 05001-40-09-033-2022-00154-00, en la cual se ampararon los derechos fundamentales del señor Jorge Arturo Aristizábal Valencia y se ordenó a Inficaldas que: *“resuelva positiva o negativamente la petición elevada el 28 de diciembre de 2021 por PROTECCIÓN S.A.”*² (sic)

-. Inficaldas dio cumplimiento al fallo deprecado por medio de oficio J.O.J. 058-2022 del 16 de agosto de 2022, en el cual informó a AFP Protección, las razones por las cuales la entidad no está en la posibilidad de emitir bono pensional.³

1 Pág. 19-30 ibidem.

2 Pág. 52-62 AD “007”

3 Pág. 34-35 AD “007”

- AFP Protección el 20 de febrero de 2023 solicitó a Inficaldas, -entre otras cosas-: *“Informar las razones de hecho y de derecho por las cuales la Entidad se ha sustraído de su obligación de emitir y pagar la cuota parte de bono pensional a que se encuentra obligada, si Protección S.A., desde diciembre de 2021 así lo está solicitando y ha remitido TODA la documentación requerida.”*⁴

- Inficaldas el 17 de marzo de 2023⁵, dio respuesta, señalando:

“...el señor JORGE ARTURO ARISTIZABAL VALENCIA laboró para la entidad en el tiempo comprendido entre el 20 de abril de 1981 al 7 de junio de 1982, las cuotas que se descontaron con destino a Cajanal, concernientes a pensión, fueron debidamente consignadas a ordenes de la Tesorería del Departamento de Caldas, quien debió hacer el pago respectivo a Cajanal, para lo cual se adjuntaron los soportes de descuento y los pagos hechos al Departamento de Caldas a través de Remesa de Fondos, con lo que se acredita que los descuentos hechos para pensión respecto del peticionario fueron girados a Cajanal, a través de la Gobernación de Caldas”.

- Inficaldas mediante oficio del 11 de julio de 2023, informó a Protección la remisión a la Gobernación de Caldas de la solicitud de pago y expedición de bono pensional.⁶

- El departamento de Caldas por medio de oficio UPS 0928 del 4 de agosto de 2023⁷, informó a AFP Protección, lo siguiente:

*“Es cierto que existió un contrato interadministrativo celebrado entre el DEPARTAMENTO DE CALDAS y la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL (CAJANAL), el cual consistió en que por parte de esta última se prestaran los servicios médico-asistenciales y se reconocieran y pagaran prestaciones económicas para todos los empleados y obreros del Departamento de Caldas. Dentro del clausulado contractual quedó consignado que dichas prestaciones se cancelarían por parte de CAJANAL desde el **1 de febrero de 1967 hasta el 31 de agosto de 1979**, teniendo en cuenta las prórrogas que sufrió el contrato a través del tiempo. Como excepción, se suscribió otro contrato destinado al cubrimiento de los servicios médico-asistenciales y reconocimiento y pago de prestaciones económicas para el personal docente del Departamento de Caldas, el cual inició igualmente desde el 1 de febrero de 1979 pero se prolongó hasta el 31 de junio de 1990. **No obstante, para el presente caso no aplica este último contrato ya que el señor ARISTIZABAL VALENCIA laboró como veterinario para el IDECA (hoy INFI) desde el 20 de abril de 1981 hasta el 7 de junio de 1982.***

Además, resulta importante tener presente la fecha de suscripción del citado contrato, es decir el 13 de diciembre de 1968; y de suscripción de la última prórroga que se pactó el 27 de marzo de 1979. Esto con el fin de entender sobretodo la finalidad de los aportes o giros que realizó INFI al DEPARTAMENTO con destino a CAJANAL, en virtud del ya mencionado contrato interadministrativo.

(...)

Así las cosas, queda claro que el periodo laborado por el señor ARISTIZABAL VALENCIA (20/04/1981 – 7/06/1982), y que es objeto de cobro por parte de PROTECCION S.A. mediante reconocimiento de bono pensional no puede ser asumido por la UGPP como sucesora misional

⁴ Pág. 24 AD“002”

⁵ Pág. 24-33 AD “002”

⁶ Pág. 34-34 Ibidem.

⁷ Pág. 39-41 Ibidem.

de la extinta CAJANAL, en tanto, como ya se advirtió, el contrato con CAJANAL feneció el 31 de agosto de 1979, quedando así por fuera los ciclos de labores del afiliado. O sea que quien debe reconocer esos tiempos laborados mediante la figura de bono pensional pues es INFI como su empleador.” (sic)

4. Fundamento jurídico

El artículo 39 del CPACA le otorga a la Sala de Consulta y Servicio Civil y a los Tribunales Administrativos la función de definir la autoridad competente para adelantar o continuar un trámite administrativo en concreto.

Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado en diversos pronunciamientos⁸ los requisitos generales para que el conflicto de competencias administrativas se genere:

- La presencia de, al menos, dos autoridades, entidades u organismos que **de manera expresa manifiesten su competencia o incompetencia sobre un determinado asunto**. En tal sentido, *“no basta con que una de las partes interesadas en la resolución de la situación tenga dudas respecto a quién debe asumir la carga para conocer el trámite”*
- Que los organismos o entidades pertenezcan al orden nacional o al orden territorial (departamental, municipal o distrital), siempre y cuando no se encuentren dentro de la jurisdicción de un mismo tribunal administrativo
- Que el conflicto tenga naturaleza administrativa, lo que significa que el asunto que se someta al conocimiento **debe versar exclusivamente sobre asuntos o competencias administrativas, lo cual excluye el conocimiento de conflictos jurisdiccionales y legislativos**.
- Que verse sobre un caso concreto y no sobre cuestiones abstractas y generales. Por tanto, la actuación respecto de la cual se origina la controversia debe estar individualizada

5. Análisis sustancial

De acuerdo con el contexto factico señalado, se evidencia que, la AFP Protección solicitó a Inficaldas, informar las razones por las cuales se ha sustraído de su obligación de emitir y pagar la cuota parte de bono pensional que corresponde al señor Jorge Arturo Aristizábal Valencia.⁹ Inficaldas reconoce que el señor Aristizábal Valencia laboró para el *Ideca*, entre el 20 de abril de 1981 al 7 de junio de 1982 y que durante su vinculación se realizaron los descuentos con destino a pensión, y afirma que estos fueron remitidos a órdenes de la Tesorería del departamento de Caldas para que este, a su vez, realizara el pago a Cajanal.

El departamento de Caldas manifiesta que si bien es cierto que tenía un contrato interadministrativo con Cajanal, correspondiéndole asumir las obligaciones pensionales de los empleados del departamento y sus entidades descentralizadas, dicho contrato estuvo vigente entre el 1 de febrero de 1967 al 31 de agosto de 1979, por lo que al haberse dado la vinculación del señor Aristizábal entre el 20 de abril de 1981 y el 7 de junio de 1982, dicho

8 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P.: Édgar González López. 27 de mayo de 2020. Rad.: 11001-03-06-000-2020-00024-00(C)

⁹ Pág. 24 AD”002”

periodo escapa de la vigencia del referido contrato y, en ese sentido, el pasivo pensional debe ser asumido por Inficaldas.

De acuerdo a lo anterior, no existe duda en cuanto a que el señor Aristizábal Valencia laboró para el Ideca, entre el 20 de abril de 1981 al 7 de junio de 1982 y que fueron realizados los descuentos por aportes pensionales, pues Inficaldas manifiesta que realizó el pago de los aportes al Departamento de Caldas, para que girara los recursos a Cajanal; por su parte, el ente territorial no desconoce dicho pago, y sostiene que para el tiempo de vinculación no tenía contrato vigente con dicha caja, y que, en ese sentido, correspondía a Inficaldas asumir directamente el pago de los aportes pensionales.

Por tanto, las entidades concernidas, no reclaman o niegan de forma simultánea su competencia para conocer y decidir la actuación administrativa, lo que se evidencia es un conflicto económico entre Inficaldas y el departamento de Caldas respecto de los pagos de los aportes para pensión del señor Aristizábal Valencia por el periodo laborado en el Ideca entre el 20 de abril de 1981 al 7 de junio de 1982 y en torno a quien corresponde emitir y pagar la cuota parte del bono pensional.

Este asunto sobrepasa el alcance del trámite especial de resolución de conflictos de competencias administrativas de que trata el artículo 39 del CPACA, pues corresponde a una controversia que debe ser resuelta ante las instancias administrativas o judiciales competentes, con el fin de determinar quién debía realizar los aportes pensionales y si se cumplió o no con las cotizaciones para pensión.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil¹⁰, en un caso similar al presente, señaló:

“18. Finalmente, el 19 de septiembre de 2019, el departamento de Caldas, en atención a la última orden de tutela presentó el presunto conflicto de competencias administrativas de la referencia, con el fin de que la Sala analice los antecedentes expuestos en precedencia y haga las siguientes declaraciones:

[...] DECLARAR la falta de competencia del Departamento de Caldas para hacer el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional de la señora AMPARO QUINTERO JARAMILLO, por el tiempo de servicios prestados a la Asamblea Departamental de Caldas, del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1973.

*DECLARAR la competencia de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos pensionales- y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, UGPP, para hacer el reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional de la señora AMPARO QUINTERO JARAMILLO, por el tiempo de servicios prestados a la Asamblea Departamental de Caldas, del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1973”.*¹¹

La Sala observa en el presente caso que la controversia presentada entre la UGPP, el departamento de Caldas, la Asamblea del mismo departamento y el Ministerio de Hacienda y

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 3 de diciembre de 2019, Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00169-00(C). Además, Decisión del 12 de octubre de 2006, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Rad. 110010306000200600111 00.

¹¹ Folio 4 vuelto.

Crédito Público, no corresponde a un conflicto negativo de competencias administrativas, por las siguientes razones:

*En primer lugar, se precisa que las autoridades en controversia **no tienen duda** respecto a que la señora Amparo Quintero Jaramillo laboró en la Asamblea del Departamento de Caldas del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1973. Asimismo, que con fundamento en el contrato interadministrativo suscrito entre el departamento de Caldas y Cajanal el 16 de diciembre de 1968, le correspondía al ente territorial pagar a esta caja de previsión los aportes para pensión por aquel periodo.*

(...)

*Por consiguiente, **no hay controversia de competencias administrativas**, puesto que ninguna entidad convocada a este proceso manifestó su falta de competencia para reconocer el derecho pensional de la señora Amparo Quintero Jaramillo o para iniciar el trámite administrativo para la emisión del bono pensional a que tendría derecho.*

Lo que en realidad existe es una controversia económica entre el departamento de Caldas y la UGPP, respecto de los pagos de los aportes para pensión de la señora Amparo Quintero Jaramillo se realizaron por el periodo laborado por ella en la Asamblea Departamental de Caldas entre el 1 de octubre y el 30 de noviembre de 1973, y si hubo un incumplimiento de una obligación contractual.

En efecto, el departamento de Caldas asegura que efectuó los correspondientes descuentos y pagos a la extinta Cajanal de la forma como se pactó en aquel contrato interadministrativo. La UGPP, por el contrario, arguye que no hay constancia del pago de aportes para pensión por aquel periodo, lo cual supondría un incumplimiento del mismo contrato.

Esta controversia económica, suscitada entre el departamento de Caldas y la UGPP, por un supuesto incumplimiento contractual, no le corresponde solucionarlo a la Sala. Para resolverlo, estas entidades o la AFP encargada del trámite pensional tendrán que acudir ante las instancias administrativas o judiciales competentes para dirimir esta clase de asuntos, con el fin de determinar si se cumplió o no con las obligaciones contractuales, en relación con las cotizaciones para pensión de la señora Amparo Quintero Jaramillo.

(...)

*El marco normativo contemplado en el artículo 39 el CPACA para dirimir conflictos de competencias administrativas, **no otorga facultades adicionales a la Sala para dirimir pretensiones económicas de entidades públicas**, ni para determinar cumplimientos o incumplimientos contractuales, y por tanto, resulta improcedente la solicitud del departamento de Caldas en este sentido.*

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARARSE INHIBIDA para conocer del presunto conflicto de competencias administrativas presentado por el departamento de Caldas". (Destaca la Sala)

Esta postura, ya ha sido acogida por este Tribunal en los procesos radicados 17001-23-33-000-2022-00294-00¹² y 17001-23-33-000-2022-00197-00¹³, en los cuales se expuso que no existía conflicto negativo de competencias, que por el contrario se evidenciaba un conflicto económico y de la seguridad social, respecto al reconocimiento y pago de bono pensional.

¹² Auto del 20 de enero de 2023. Magistrado ponente Augusto Ramón Chávez Marín

¹³ Auto del 2 de diciembre de 2022. Magistrado ponente Augusto Morales Valencia.

Aunado a lo anterior, en el caso concreto el Juzgado 33 Penal Municipal de Medellín en fallo de tutela ordenó a Inficaldas, resolver de fondo la solicitud elevada por la AFP Protección,¹⁴ y en cumplimiento del fallo emitió oficio J.O.J. 058-2022 del 16 de agosto de 2022, en el cual informó a AFP Protección, las razones por las cuales la entidad no está en la posibilidad de emitir bono pensional¹⁵, por tanto, ya existe una decisión judicial que señala la autoridad que debe continuar la actuación o proferir el acto administrativo.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁶ ha señalado:

“Lo anterior, permite concluir que existe una decisión judicial que de manera clara y expresa confiere la competencia a una de las autoridades involucradas en el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia, en el sentido de que le corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL hacer los reconocimientos pensionales a que haya lugar, frente a la asignación de retiro del coronel Willington Méndez Becerra.

A este respecto, la Sala ha concluido que «no es procedente pronunciarse en asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexa, a aquellas que están sometidas a una decisión judicial, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada»¹⁷.

Asimismo, vale la pena mencionar que esta Sala se ha pronunciado sobre su falta de competencia para conocer de solicitudes referentes a dirimir conflictos, cuando una autoridad judicial resuelve el asunto y señala la autoridad que debe continuar la actuación o proferir el acto administrativo¹⁸.

6. Conclusión

Así las cosas, resulta diáfano concluir que, no existe conflicto negativo de competencia entre Inficaldas y el Departamento de Caldas que deba ser resuelto en los términos del artículo 39 del CPACA, puesto que la controversia suscitada entre ambas entidades tiene un carácter netamente económico, además que existe una decisión judicial que señala la autoridad que debe continuar la actuación o proferir el acto administrativo.

Así las cosas, el Tribunal se declarará inhibido para resolver el conflicto de competencias planteado.

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

Resuelve

Primero: Declararse inhibida para conocer del conflicto negativo de competencias solicitado por la AFP Protección S.A., suscitado entre Inficaldas y el Departamento de Caldas.

¹⁴ Pág. 52-62 AD “007”

¹⁵ Pág. 34-35 AD “007”

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 17 de febrero de 2012, C.P.: Édgar González López Rad.: 11001-03-06-000-2020-00252-00(C).

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 22 de junio de 2016, Radicación nro. 11001-03-06-000-2016-00047-00 y Decisión del 21 de octubre de 2019, Radicación nro. 11001 03 06 000 2019 00135 00, entre otras.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 21 de mayo de 2019, Radicación nro. 11001-03-06-000-2018-00252-00.

Segundo: Comunicar la presente decisión a la AFP Protección S.A.

Tercero: Contra esta decisión no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **archivar** las diligencias, previo el desglose dispuesto en precedencia, y **hacer** las anotaciones correspondientes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 61 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-001-2022-00167-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	VICTOR MARIO AGUIRRE MUÑOZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 17 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-668 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un(1) de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las

cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se

dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1 de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- El demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que, las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que, la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que, al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 "*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" expedido por el Consejo Directivo del FNPSM. Precisando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FNPSM es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 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"* expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FNPSM tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FNPSM, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FNPSM se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FNPSM.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FNPSM, la imposibilidad se extiende a la figura de la "consignación de cesantías". En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FNPSM, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FNPSM, de contera se descarta algún tipo de sanción. En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se cionó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" e "*Inexistencia de la obligación*".

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 17 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos determinar, si tenía derecho la demandante, cuyo régimen de cesantías es anualizado, al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en la Ley 50 de 1990, y a la indemnización de que trata la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Realizó un análisis del régimen de cesantías, del cual concluyó que, las de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Sobre el marco jurídico de las cesantías anualizadas, concluyó que, si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que, se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Resaltó que, aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó

sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Al contrario, encontró el despacho que, en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

En cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, manifestó que, no es plausible sostener el surgimiento de una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Sumado a ello, señala, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*", propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*", propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor VÍCTOR MARIO AGUIRRE MUÑOZ en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior

de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "23AlegatosFomag.pdf" del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "23AlegatosFomag.pdf" del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #27 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la 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 explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores

públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que, hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975, señaló que, sus

pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

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

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

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

Concluyó que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las

cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 04 las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho el demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- Se reconocieron cesantías por el año 2020, la suma de \$3.052.793,00. Intereses a las cesantías \$498.446,00, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021
- El 29 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-668 del 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que, a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al fondo, de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991. Ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de*

estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resaltado de la Sala).

La Ley 812 de 2003¹, 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 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que, los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

¹ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

² “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 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.*

De acuerdo con lo anterior, efectivamente, no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de

Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida, establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales

para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los

³ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “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”.

⁵ 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)

empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁶, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

Y en cuanto a los intereses a las cesantías, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado. Además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ 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).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁹ 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)

acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

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

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.*

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis que, el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

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

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

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no

pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

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, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de la parte demandada en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

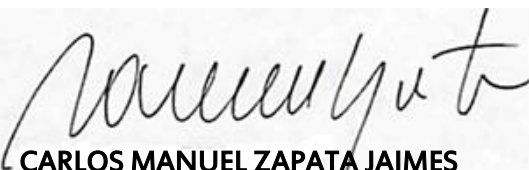
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **VICTOR MARIO AGUIRRE MUÑOZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

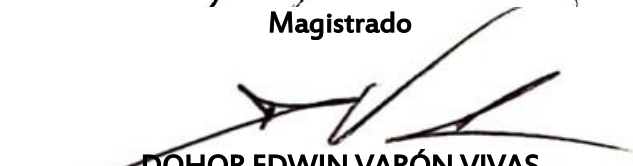
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 12 de octubre conforme acta nro.064 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 183 del 17 de octubre de 2023.

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **17001-23-33-000-2016-000619-00**
Demandante: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP**
Demandado: **Alberto Flórez Gallego**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la liquidación de las costas y agencias en derecho realizada por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 183 FECHA: 17/10/2023  Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaría

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: **6441931ff1ccce9f380c33e8d139e8e34f7405c16c85df5d650dc044a7c30cfd**

Documento generado en 13/10/2023 07:21:00 AM

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
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-33-33-001-2022-00145-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	BLANCA LUCY MARTÍNEZ GARCÍA
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el día 23 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo NOM-788 del 12 de octubre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020; y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho, a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial secretaría de Educación del departamento de Caldas y/o municipio de Manizales de manera solidaria, le reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y/o la entidad territorial secretaría del departamento de Caldas y/o municipio de Manizales, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría del departamento de Caldas y/o municipio de Manizales a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría del departamento de Caldas y/o municipio de Manizales, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría del departamento de Caldas y/o municipio de Manizales al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría del departamento de Caldas y/o municipio de Manizales, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría del departamento de Caldas y/o municipio de Manizales de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

➤ La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

➤ Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.

➤ Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.

➤ La demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resaltó que el Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.
- **Caducidad:** el artículo 164 numeral 2° literal d) del Código Contencioso Administrativo dispone el termino de caducidad respecto de los actos expresos, la cual es de 4 meses contados a partir del día siguiente de la comunicación. Por lo tanto, para el presente caso la demandante no actuó respecto del término otorgado por la norma procesal, toda vez que presentó la solicitud de conciliación pasados los cuatro meses con los que contaba para suspender la caducidad.
- **Genérica.**

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.
- **Buena fe:** frente a su competencia, indicó que siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.
- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 23 de junio de 2023 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si se configuraba la caducidad del medio de control; si la sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, era aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes; y si había lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondiente al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales antes del 15 de febrero de 2021.

Comenzó por revisar el material probatorio, y procedió a resolver la excepción de caducidad frente a la cual concluyó que no se había configurado teniendo en cuenta la fecha de notificación del acto administrativo, el periodo que duró el trámite de conciliación prejudicial, y la data de presentación de la demanda.

Seguidamente analizó el régimen de cesantías e intereses a las cesantías docente; la sanción por no consignación establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la

indemnización por pago extemporáneo de intereses a las cesantías de la Ley 52 de 1975; y la posición jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción por consignación extemporánea de cesantías a docentes.

Descendió al caso concreto, y afirmó que la actora era docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 1996, por lo que se vinculación con posterioridad al 1 de enero de 1990 le daba derecho a que anualmente se liquidaran sus cesantías y se le reconocieran y pagaran intereses anuales sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resultara de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, hubiera sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la parte demandante no se encontraba afiliada a un fondo privado de cesantías, y que el Fondo de Prestaciones era quien pagaba las cesantías y sus intereses a los docentes, sin consignación, ya que este actúa como responsable de las prestaciones económicas sin intermediación alguna, y el ente territorial emite el acto administrativo.

Añadió que el procedimiento de reconocimiento de cesantías e intereses está regulado en la Ley 91 de 1989 y en el Acuerdo 39 de 1998, y en ninguna de las disposiciones aplicables al régimen de cesantías docentes se consagró la existencia de una obligación de consignación en una cuenta individual. Al contrario, que conforme se expuso en el marco jurídico, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administra con base en el principio de unidad de caja y existían 3 subcuentas independientes. Una de ellas destinada a cesantías, sin cuentas individuales de los docentes.

Precisó que los supuestos de aplicación de la sanción por no consignación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 eran específicos y suponían tanto la afiliación a un fondo privado de cesantías, como la obligación de consignación, los cuales eran incompatibles con el régimen de cesantías de los docentes; y que una interpretación diferente significaría no solo la aplicación extensiva de una norma no aplicable, sino la modificación de los supuestos en que procede la aplicación de la sanción.

Resaltó que no procede la aplicación del principio de favorabilidad porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferir aquella más beneficiosa; y porque se vulneraría el principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

Finalmente, adujo que no era aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con este caso, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de “caducidad”, propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la excepción de “inexistencia de la obligación” propuesta por las entidades demandadas.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la señora BLANCA LUCY MARTÓNEZ GARCÍA en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, conforme a lo considerado (...).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #29 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del

contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta

normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

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

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

docentes”. –“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes presentó escrito pronunciándose sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.354.159 e intereses a las cesantías por \$713.333, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 29 de septiembre de 2021 se solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción

por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

➤ En respuesta al derecho de petición se emitió el oficio NOM 788 del 12 de octubre de 2021, a través del cual se negó lo peticionado.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

A. *Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario*

por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

La Ley 812 de 2003¹, 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 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el

¹ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

² “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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

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

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

(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 "*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad

fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

³ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, como quiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁶, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹; sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

⁵ 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)

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ 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).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁹ 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)

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

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

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

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

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

de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

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

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

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas ya que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **BLANCA LUCY MARTÍNEZ GARCÍA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 12 de octubre de 2023 conforme acta nro. 064 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 183 del 17 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-001-2022-00269-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUISA FERNANDA GALVEZ DELGADO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 17 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 04 de noviembre del 2021, por no dar respuesta el departamento de Caldas, a petición presentada el 04 de agosto de 2021, mediante la cual niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las

cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se

dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1 de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- El demandante solicitó el 04 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que, las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que, la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que, al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías de la demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *"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"* expedido por el Consejo Directivo del FNPSM.

Precisando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FNPSM es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 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"* expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FNPSM tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FNPSM, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FNPSM se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FNPSM.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FNPSM, la imposibilidad se extiende a la figura de la "consignación de cesantías". En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FNPSM, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FNPSM, de contera se descarta algún tipo de sanción. En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se cionó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" e "*Inexistencia de la obligación*".

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 17 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos determinar, si tenía derecho la demandante, cuyo régimen de cesantías es anualizado, al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en la Ley 50 de 1990, y a la indemnización de que trata la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Realizó un análisis del régimen de cesantías, del cual concluyó que, las de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Sobre el marco jurídico de las cesantías anualizadas, concluyó que, si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que, se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Resaltó que, aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó

sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Al contrario, encontró el despacho que, en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

En cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, manifestó que, no es plausible sostener el surgimiento de una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Sumado a ello, señala, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*", propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*", propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y las de "*IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LAS CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG*", "*PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD*", "*INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG*" propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **LUISA FERNANDA GALVEZ DELGADO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "019AlegatosFomag.pdf" del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada LUZ KARIME RICAURTE CHAKER, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.066.747.181 y tarjeta profesional No. 315.521 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI. NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "019AlegatosFomag.pdf" del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #23 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la 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 explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada

por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que, hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta

normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

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

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *"En el régimen especial docente no existe la obligación de 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”.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 04 las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho el demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- Se reconocieron cesantías por el año 2020, la suma de \$2.653.422,00. Intereses a las cesantías \$270.859,00, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021
- El 04 de agosto de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que, a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al fondo, de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991. Ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de

estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resaltado de la Sala).

La Ley 812 de 2003¹, 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 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que, los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

¹ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

² “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

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

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el

ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente, no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de

Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida, establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales

para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los

³ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

⁴ "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".

⁵ 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)

empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁶, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

Y en cuanto a los intereses a las cesantías, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado. Además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ 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).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁹ 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)

acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

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

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.*

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis que, el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

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

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

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no

pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de la parte demandada en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

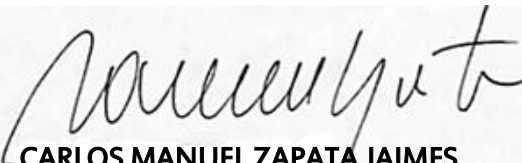
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUISA FERNANDA GALVEZ DELGADO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 12 de octubre de 2023 conforme acta nro. 064 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 183 del 17 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-003-2018-00341-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 8 de abril de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos proferidos por la gobernación de Caldas:
 - Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018, por medio de la cual se resolvieron las excepciones presentadas por la demandante.
 - Acto administrativo del 16 de abril de 2018, por medio del cual se resolvió un recurso de reposición presentado contra la Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018.
2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se declaren prosperas las excepciones presentadas por la demandante dentro del proceso coactivo.
3. Condenar a la gobernación de Caldas a resarcir los perjuicios ocasionados a la demandante si los hubiere.

Pretensión subsidiaria de la primera pretensión principal:

En caso de que el despacho no acoja la pretensión principal de la nulidad de los actos administrativos, se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

-Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018, por medio de la cual se resolvieron las excepciones presentadas por la demandante.

- Acto administrativo del 16 de abril de 2018, por medio del cual se resolvió un recurso de reposición presentado contra la Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018.

Lo anterior, con base a que el despacho encuentre probada la prescripción parcial de las cuotas partes pensionales desde el 11 de junio de 2014, teniéndose en cuenta la notificación del mandamiento de pago acaecido el 12 de junio de 2017.

HECHOS

Como fundamentos fácticos de las pretensiones la parte accionante esgrimió de manera compendiada:

➤ Mediante auto nro. 0019-2016 del 31 de octubre de 2016, el departamento de Caldas libró mandamiento de pago contra el departamento de Cundinamarca por cuantía de \$4.222.534, por concepto de cuotas partes pensionales sobre los pagos realizados a los sustitutos de los pensionados Josué Henao Mejía y Ramón Millán desde el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, sin el reconocimiento del derecho a la pensión y la liquidación de las cuotas partes pensionales respecto de las mesadas causadas y pagadas que no estén prescritas.

➤ Una vez notificado el acto administrativo, se presentaron las excepciones de mérito denominadas falta de título ejecutivo y falta de ejecutoria del título, y la excepción de prescripción de la acción de cobro.

➤ Frente a las excepciones indicó que, se argumentó al departamento de Caldas que el título base de la acción de cobro no contenía una obligación clara, pues pretendía el cobro de cuotas partes pensionales, por lo cual ya había prescrito la acción de cobro sobre dichos conceptos, de acuerdo al artículo 4 de la Ley 1066 de 2006, y sustentando dicho argumento respecto a la interrupción y suspensión del término de prescripción, según el artículo 818 del ET.

➤ Asimismo, se demostró a la entidad que operó la prescripción, pues a la actora se le notificó el mandamiento de pago del 31 de octubre de 2016 hasta el 12 de junio de 2017,

lo que denotaba que, operó el fenómeno desde el momento de la imputación hasta el 11 de junio de 2014.

- Mediante Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018 se resolvieron las excepciones declarándolas no procedentes y ordenando seguir adelante la ejecución.
- Se interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, el cual fue desatado con acto administrativo del 16 de abril de 2018 de manera negativa a los intereses de la demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De conformidad con el artículo 422 del CGP indicó que en asuntos relativos a cuotas partes pensionales el título ejecutivo es complejo, que se encuentra conformado por el acto administrativo que reconoce la pensión y el acto administrativo que liquida las cuotas partes pensionales respecto de las mesadas causadas y pagas que no estén prescritas, siempre y cuando cumplan los requisitos de forma y de fondo, y que se encuentren debidamente ejecutoriados; documentos en los cuales debe constar la obligación clara, expresa y exigible.

En relación con las excepciones contra el mandamiento de pago, citó el artículo 831 del ET, y específicamente frente a la excepción de prescripción de la acción de cobro la Ley 1066 de 2006, que en su artículo 4 establece que el término de esta es de 3 años.

Que en este caso, el título ejecutivo no cumple con ser complejo, teniendo en cuenta la fecha en que se notificó el mandamiento de pago, sumado a que tratándose de un cobro coactivo relativo a cuotas partes pensionales además del mandamiento de pago son necesarios los actos administrativos con los cuales se encuentre acreditado el reconocimiento del derecho a la pensión y la liquidación de las cuotas partes pensionales respecto de las mesadas causadas y pagadas no estén prescritas, lo cual denota la configuración de las excepciones de prescripción de la acción de cobro y falta de título ejecutivo.

Para apoyar su postura, citó sentencias del Consejo de Estado relativas a la interrupción de la prescripción de la acción de cobro cuando se notifica el mandamiento de pago; y a la conformación del título ejecutivo en asuntos de cuotas partes pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Comenzó por pronunciarse sobre los hechos para indicar de algunos que eran ciertos; de otros que no lo eran; y de otros que no eran hechos.

Como razones de defensa, aseveró que, el departamento de Caldas adelantó proceso administrativo coactivo bajo el amparo de la Ley 1066 de 2006; y frente a las cuotas partes pensionales explicó que, el departamento pensionó a los señores Josué Henao Mejía y Ramón Millán Torres, quienes prestaron sus servicios al departamento de Caldas y al departamento de Cundinamarca, siendo el primero el encargado de pagar la mesada pensional a estas dos personas y repetir contra la demandante a prorrata del tiempo laborado.

Añadió que, el título ejecutivo se entiende como el documento en el cual consta una obligación clara, expresa y exigible, siendo uno de ellos la resolución de otorgamiento pensional expedida por la entidad territorial, o la sentencia mediante la cual se otorgue la obligación pensional.

Que la Unidad de Prestaciones Sociales de la gobernación de Caldas por medio de oficio UPS 997 del 28 de junio de 2015, envió la documentación al grupo de cobro coactivo para iniciar proceso contra el departamento de Cundinamarca por los cortes del 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, por la suma de \$4.222.534, ya que el departamento de Caldas reconoció con Resolución 000625 del 11 de marzo de 1996 la pensión de jubilación al señor Josué Henao Mejía; y con Resolución nro. PJ 152 del 17 de agosto de 1965 la pensión al señor Ramón Millán Torres.

Que en ambos casos se enviaron a las diferentes entidades la consulta de las cuotas partes pensionales, pero el departamento de Cundinamarca no se pronunció, supuesto fáctico en la cual opera el silencio administrativo positivo, es decir, como si la entidad hubiera aceptado la cuota parte respectiva.

Así las cosas, señala, la resolución de pensión, la consulta de la cuota parte pensional y la certificación del pago de pensión constituyen título complejo que deja claro que el departamento de Cundinamarca es el responsable del pago de la pensión, de la cuota parte.

Por todo lo anterior, resaltó que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por activa:** aseveró que la Unidad Administrativa de Pensiones del departamento de Cundinamarca fue quien presentó la demanda, pero que el proceso coactivo se adelantó contra el departamento de Cundinamarca como entidad territorial autónoma quien es la obligada a responder por el pago de las cuotas partes pensionales según los títulos complejos del proceso administrativo.

- **Inexistencia del derecho reclamado:** resaltó que, la prescripción que alega la parte actora no se configuró ya que, la obligación se extingue cuando hayan transcurrido más de 3 años contados a partir del pago de la mesada pensional respectiva, a menos que se hubiera interrumpido el término de prescripción con la reclamación correspondiente.

Que en este caso, los periodos de liquidación van del 1/01/2013 al 31/12/2014, y las cuentas de cobro fueron allegadas los días 8 de mayo de 2013, 8 de agosto de 2013, 5 de diciembre de 2013, 21 de abril de 2014, 5 de agosto de 2014 y 20 de octubre de 2014, por lo que ante la pasividad de la accionada se libró mandamiento de pago el 31 de octubre de 2016, citándose al ejecutado para su notificación el 1 de noviembre de 2016 sin que este compareciera, por lo que se envió correo certificado con dicho mandamiento el 6 de junio de 2017.

De acuerdo a lo anterior, precisó que no han pasado más de 3 años desde la fecha de elaboración del mandamiento de pago y la citación inicial para notificación personal del mismo, momento en el cual el aludido departamento no se notificó, por lo que se procedió a enviar el mismo mediante correo certificado; pero que en este caso debe tenerse en cuenta que la prescripción se puede interrumpir por la reclamación de pago, es decir, la presentación de las cuentas de cobro.

- **Prescripción:** sin aceptar los hechos y pretensiones, solicitó que en caso de dictarse sentencia condenatoria se tenga en cuenta este fenómeno.

- **Genérica**

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 8 de abril de 2021, accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si, podía la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del departamento de Cundinamarca oponerse frente a los actos administrativos proferidos en contra del departamento de Cundinamarca relativos al cobro de cuotas partes pensionales; si los actos administrativos demandados resolvieron las excepciones propuestas frente al mandamiento de pago de una manera ajustada a derecho; y si había operado el fenómeno de la prescripción en procesos de cobro coactivo por pago de cuotas partes pensionales.

Tras relacionar el material probatorio, comenzó por estudiar la excepción de falta de legitimación en la causa por activa para concluir que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca sí se encontraba legitimada para adelantar el presente medio de control, dado que, entre sus funciones no solo estaban las de atender los trámites, obligaciones y prestaciones económicas a favor de los pensionados a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del departamento de Cundinamarca, sino también atender las acciones judiciales que se suscitaran con ocasión de la actividad pensional del departamento.

Sobre el proceso de cobro coactivo, relacionó cuáles eran los actos susceptibles de control judicial; y seguidamente analizó el tema de cuotas partes pensionales para explicar que, la obligación se consolidó en el acto administrativo de reconocimiento pensional, previa realización de un procedimiento administrativo donde intervinieron la entidad encargada de reconocer y pagar la pensión y las entidades que deben concurrir al pago, por lo que el recobro de las cuotas partes se hizo exigible en el momento en el que se pagó la mesada pensional.

De acuerdo a lo anterior, manifestó que la resolución de reconocimiento de la pensión no solo era el acto administrativo del cual había nacido el derecho sino donde se consolidaron las cuotas partes como obligaciones a cargo de las entidades responsables de las mismas.

Sobre la prescripción del derecho al cobro coactivo y al recobro de la cuota parte pensional, citó la Ley 1066 de 2006 para manifestar que la obligación de concurrencia de las diferentes entidades para contribuir al pago pensional a través del sistema de cuota parte no podía extinguirse mediante la prescripción, porque tenía un vínculo directo con el derecho, también imprescriptible, al reconocimiento de la pensión. Sin embargo,

precisó que los créditos que se derivaban del pago concurrente de cada mesada sí podían extinguirse por esta vía, en tanto correspondieran a obligaciones económicas de tracto sucesivo o naturaleza periódica entre las diferentes responsables de contribuir al pago pensional.

Al descender al caso concreto explicó que, el departamento de Caldas remitió al departamento de Cundinamarca en varias oportunidades cuentas de cobro con el fin de recaudar las cuotas partes pensionales con las que dicha entidad debía concurrir por la sustitución de la pensión de las señoras Olga Henao de Henao y Miriam Millán Téllez.

Que ante la falta de atención por parte del departamento de Cundinamarca para el pago de las cuotas partes pensionales cobradas por el departamento de Caldas, este último profirió mandamiento de pago el 31 de octubre de 2016 dentro del proceso de cobro coactivo nro. 019-2016, decisión que fue notificada por correo certificado mediante oficio de fecha 6 de junio de 2017, el cual fue recibido por la entidad ejecutada el 12 de junio de 2017.

Que, frente al mandamiento de pago, el departamento de Cundinamarca propuso las excepciones que denominó “prescripción de la acción de cobro”, “falta de título ejecutivo y falta de ejecutoria del título”, las cuales fueron despachadas desfavorablemente mediante Resolución 005 del 14 de febrero de 2018.

Frente a la decisión anterior, la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del departamento de Cundinamarca interpuso recurso de reposición, reiterando y ampliando las consideraciones plasmadas en el escrito de excepciones propuestas frente al mandamiento de pago, recurso que fue resuelto mediante Resolución 006 del 16 de abril de 2018, que resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución 005 del 14 de febrero de 2018.

Aclaró que, con la entrada en vigencia de la Ley 1066 de 2006 se dispuso que el término de prescripción de la acción de recobro de las cuotas partes pensionales era de tres años siguientes al pago de la mesada pensional respectiva; y respecto de los intereses de mora dicha norma dispuso que la liquidación de los mismos se efectuaría con la DTF aplicable a cada mes de mora.

En cuanto a la prescripción de las cuotas partes pensionales aseveró que, tal y como lo disponía el artículo 4 de la Ley 1066 de 2006, el derecho al recobro de las mismas prescribía

a los tres años siguientes al pago de la respectiva mesada, prescripción que no estaba supeditada a la expedición o ejecutoria de ningún acto administrativo, ni al reconocimiento de la pensión, ni a la liquidación del crédito sino al pago de la mesada pensional respectiva, por lo que la obligación del pago de las cuotas partes pensionales no se derivaba de los actos administrativos ejecutoriados.

Que en este caso el mandamiento de pago solo pudo ser notificado al departamento de Cundinamarca mediante correo certificado el 14 de junio de 2017, fecha en la cual algunas de las cuotas partes pensionales contenidas en el mandamiento de pago proferido en el año 2016 se encontraban prescritas.

Consideró el despacho que, al departamento de Cundinamarca le asistía razón al momento de proponer la excepción de “prescripción de la acción de cobro” frente al mandamiento de pago, en el sentido de que las cuotas partes pensionales causadas con anterioridad al 14 de junio de 2014 ya se encontraban prescritas; pero que no le asistía la razón frente a la excepción de falta de título ejecutivo y falta de ejecutoria del título, dado que la obligación cobrada era clara y expresa, pero exigible solo frente a las cuotas partes que no se encontraban prescritas, lo que llevó a declarar la nulidad parcial de los actos administrativos.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO. - DECLARAR INFUNDADAS las excepciones denominadas “falta de legitimación en la causa por activa”, “inexistencia del derecho reclamado” y “prescripción”, propuestas con la contestación de la demanda por el departamento de Caldas.

SEGUNDO.- DECLARAR probada parcialmente la excepción de “prescripción de la acción de cobro” y en consecuencia DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la resolución No. 005 del 14 de febrero de 2018 y de la resolución No. 006 del 16 de abril de 2018 proferidas por la Unidad de Rentas Grupo de Cobro coactivo del Departamento de Caldas, en el sentido de que las cuotas partes pensionales, de las mesadas pensionales de las señoras Olga Henao de Henao y Myriam Millán Téllez, causadas con anterioridad al 14 de junio de 2014 se encuentran prescritas.

TERCERO. - A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR que el proceso de cobro coactivo No. 019-2016 adelantado por el departamento de Caldas en contra del departamento de Cundinamarca continúe respecto de las cuotas partes pensionales causadas entre el 14 de junio de 2014 y el 31 de diciembre de 2014.

CUARTO. - CONDENAR en costas a cargo del departamento de Caldas, las cuales serán repartidas en partes iguales, cuya liquidación y ejecución se harán en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente a 1 Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

QUINTO. - La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación, tal como se evidencia en el memorial que reposa en el archivo #30 del expediente de primera instancia.

Solicitó se revoque parcialmente la sentencia, en especial sus ordinales segundo y tercero, con los cuales se declaró probada la excepción de prescripción de la acción de cobro y se declaró la nulidad de los actos administrativos en el sentido de que, las cuotas partes pensionales de las mesadas de las señoras Olga Henao de Henao y Myriam Millán Téllez, causadas con anterioridad al 14 de junio de 2014, habían prescrito.

Igualmente, lo relacionado en el numeral tercero de la sentencia en el que se indicó que, a título de restablecimiento del derecho se ordenaba que el proceso de cobro coactivo 019-2016 adelantado por el departamento de Caldas en contra del departamento de Cundinamarca continuara respecto de las cuotas partes pensionales causadas entre el 14 de junio de 2014 y el 31 de diciembre de 2014.

Resaltó que, la entidad comparte el fallo dictado en cuanto a que el proceso administrativo coactivo adelantado se hizo con base en los títulos complejos conformados por el acto administrativo que reconoce el derecho a la pensión y el acto administrativo que liquidó las cuotas partes pensionales.

En relación con la prescripción, al citar la Ley 1066 de 2006 adujo que, las mesadas cobradas obedecen a los periodos del 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, y que el mandamiento de pago se notificó el 12 de junio de 2017, pero que con anterioridad a esto se enviaron múltiples cuentas de cobro, y fue ante la pasividad del ejecutado que se inició el proceso de cobro coactivo.

Con apoyo en pronunciamiento del Consejo de Estado argumentó que la Ley 1066 de 2006 hizo claridad sobre dos puntos: 1) que la prescripción debe contarse a partir del pago de la mesada pensional; y 2) que esta es de 3 años. Y añadió que según Circular Conjunta 021 de

2012, de fecha 06 de agosto de 2012, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Trabajo, y publicada en el Diario Oficial nro. 48.517 de 9 de agosto de 2012, la interrupción de la prescripción de la acción de cobro de la cuota parte pensional se da con la presentación de la respectiva cuenta de cobro o solicitud de pago siempre que previamente se haya agotado ante la entidad obligada el procedimiento señalado en los Decretos números 2921 de 1948 y 1848 de 1969 y en el artículo 2o de la Ley 33 de 1985, es decir, que se haya constituido el título que fundamenta el cobro.

Que ello denotaba que, no había lugar al pago de las cuotas partes cuando hubieran transcurrido más de 3 años contados a partir del pago de la mesada pensional respectiva, a menos que se hubiera interrumpido la prescripción con una reclamación y/o presentación de cuenta de cobro por 3 años, término para que se realizara el pago o, en caso negativo, se iniciara el proceso coactivo respectivo.

Manifestó que, se debe tener en cuenta que la prescripción opera por la inactividad para ejercer el derecho, situación que no se presentó en este caso pues la gobernación de Caldas, a través de la Unidad de Prestaciones Sociales, realizó las respectivas cuentas de cobro que fueron causa de pronunciamiento por parte del departamento de Cundinamarca; enviándose la cuenta de cobro con todos los soportes requeridos por oficio UPS 1311 de fecha de 5 de agosto de 2014, esto es, con las liquidaciones individuales de cada pensionado, y demás soportes.

Partiendo de esta fecha como hito, resaltó que, la administración tenía la facultad de cobrar las cuotas partes pensionales canceladas desde 5 agosto del año 2011, y conforme la interrupción tenía la posibilidad de notificar el mandamiento de pago sin que prescribiera cuota parte alguna hasta el 5 de agosto de 2017.

En este orden de ideas, solicitó al Tribunal revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito en lo referente a la prescripción declarada en el proceso. Y, en consecuencia, continuar el proceso teniendo en cuenta las vigencias desde 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado.

Problema jurídico

¿En el presente caso, se presentó el fenómeno de la prescripción de la acción de cobro coactivo?

Lo probado

- La Resolución nro. 000625 del 11 de marzo de 1996, proferida por el departamento de Caldas, reconoció pensión mensual vitalicia al señor Josué Henao Mejía por la suma de \$76.163 a partir del 9 de noviembre de 1992. En este mismo acto administrativo se distribuyeron las cuotas partes de esta pensión entre el departamento de Cundinamarca, departamento de Antioquia, CHEC, municipio de La Dorada y departamento de Caldas.

- La Resolución nro. 001040 del 27 de noviembre de 2002, proferida por el departamento de Caldas, transmitió la pensión del señor Josué Henao Mejía a la señora Olga Henao de Henao, cónyuge sobreviviente, a partir del 21 de julio de 2002.

- La Resolución nro. PJ152 del 1 de septiembre de 1965, proferida por el departamento de Caldas, reconoció pensión de jubilación al señor Ramón Millán Torres en la suma de \$435 a partir del 1 de enero de 1965. En este mismo acto administrativo se distribuyeron las cuotas partes pensionales de esa pensión entre el municipio de Girardot, el departamento de Cundinamarca y el departamento de Caldas.

- La Resolución nro. 278 del 24 de noviembre de 1968, proferida por el departamento de Caldas, reconoció en favor de la señora Sara Lina Téllez la transmisión de jubilación de su esposo, señor Ramón Millán Torres, por un término de 2 años a partir del 25 de abril de 1970.

- La Resolución nro. 295 del 18 de enero de 1980, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, restableció el pago de la sustitución pensional en forma vitalicia a favor de la señora Sara Lina Téllez viuda de Millán. En este acto administrativo se indicó que la sustitución continuaría a cargo de la Caja de Previsión del departamento de Caldas.

- La Resolución nro. 0005 del 4 de enero de 1999, proferida por el departamento de Caldas, transmitió la pensión de jubilación de la señora Sara Lina Téllez a su hija Myriam Millán Téllez, en virtud del estado de invalidez de esta última y dependencia económica.

- La Resolución nro. 000568 del 15 de agosto de 2000, proferida por el departamento de Caldas, revocó la Resolución nro. 0005 del 4 de enero de 1999.

- La Resolución nro. 002 del 15 de enero de 2001 proferida por el departamento de Caldas, resolvió un recurso y repuso la Resolución nro. 00568 del 15 de agosto de 2000, confirmando la Resolución No. 0005 del 4 de enero de 1999.

- Con Oficio UPS 0583 del 8 de mayo de 2013, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, se cobraron unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de marzo de 2013, por valor de \$513.833. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro, el consolidado y la certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro.

- Con Oficio UPS 1091 del 8 de agosto de 2013, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, se cobraron unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de abril al 30 de junio de 2013, por valor de \$672.424. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro, el consolidado y la certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro.

- Con Oficio UPS 1732 del 5 de diciembre de 2013, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, se cobraron unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de julio al 31 de diciembre de 2013, por valor de \$1.186.257. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro, el consolidado y la certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro.

- Con Oficio UPS 0608 del 21 de abril de 2014, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, se

cobran unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de marzo de 2014, por valor de \$526.194. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro, el consolidado y la certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro.

- Con Oficio UPS 1170 del 22 de julio de 2014, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, se cobraron unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de abril al 30 de junio de 2014, incluida mesada adicional, por valor de \$688.600. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro, el consolidado y la certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro.

- Con Oficio UPS 1311 del 5 de agosto de 2014, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, por se cobraron unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2013, por valor de \$2.421.737, incluidas mesadas adicionales e intereses moratorios; y por el periodo comprendido entre el 1 de enero al 30 de junio de 2014, por valor de \$1.216.714, incluidas mesadas adicionales. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro, el consolidado, las liquidaciones individuales pormenorizadas y la certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro.

- Con Oficio UPS 1632 del 20 de octubre de 2014, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, se cobraron unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de julio al 30 de septiembre de 2014 por valor de \$241.464. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro, el consolidado, liquidaciones individuales pormenorizadas, la certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro y la fotocopia del certificado bancario.

- Con Oficio UPS 0050 del 22 de enero de 2015, expedido por la Unidad de Prestaciones Sociales del departamento de Caldas y dirigido a la gobernación de Cundinamarca, se cobraron unas cuotas partes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, incluida mesadas adicionales e intereses moratorios,

por valor de \$4.144.456. Este documento se acompañó de la cuenta de cobro; las liquidaciones individuales pormenorizadas; el consolidado con los nombres e identificación completa de los pensionado y de sus sustitutos, valor pensiona para cada año liquidado, porcentaje y días de concurrencia, periodos adeudados, valor de la mesada al actor y valor total objeto de cobro; certificación expedida por la profesional especializada del Grupo de Gestión Administrativa, con la cual se probada la existencia en nómina de las pensiones objeto de cobro; y certificado bancario.

- Se profirió mandamiento de pago nro. 0019-2016 el 31 de octubre de 2016 contra el departamento de Cundinamarca por la suma de \$4.222.534 por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, por concepto de cuotas partes pensionales.

Se consignó en este documento que las sumas cobradas correspondían a \$3.278.775,13 del señor Josué Henao Mejía, sustituta señora Olga Henao de Henao. Y la cantidad de \$943.758,70 del señor Ramón Millán Torres, sustituta la señora Miriam Millán Téllez.

Así mismo, por los intereses a la tasa máxima legal, causados desde que se hizo exigible la obligación hasta cuando se verifique el pago.

- Reposa oficio que data del 6 de junio de 2017 cuya referencia es “notificación por correo certificado mandamiento de pago proceso con radicado 0019-2016”. En este documento aparece plasmado un sello de la gobernación de Cundinamarca que tiene fecha del 12 de junio de 2017.

- La Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018, expedida por el Grupo de Cobro Administrativo Coactivo de la Unidad de Rentas del departamento de Caldas, declaró no probadas las excepciones de prescripción de la acción de cobro, falta de título ejecutivo y falta de ejecutoria del título propuestas por el departamento de Cundinamarca, y ordenó seguir adelante con la ejecución del proceso de cobro coactivo.

- La Resolución nro. 006 del 16 de abril de 2018 resolvió un recurso de reconsideración y confirmó en todas sus partes la Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018.

Primer problema jurídico

¿En el presente caso, se presentó el fenómeno de la prescripción de la acción de cobro coactivo?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, sí se configuró la prescripción de la acción de cobro en relación con las cuotas partes pensionales causadas antes del 12 de junio de 2014, ya que al tenor del artículo 818 del ET solo con la notificación del mandamiento de pago logra interrumpirse el mencionado fenómeno.

En la sentencia de primera instancia se concluyó que no procedía declarar probada la excepción propuesta contra el mandamiento de pago denominada “inexistencia del derecho reclamado”, al haberse comprobado la existencia de la obligación clara, expresa y exigible a cargo del departamento de Cundinamarca en relación con las cuotas partes pensionales de los señores Josué Henao Mejía y Ramón Millán Torres. Pero adujo que la excepción de prescripción de la acción de cobro sí estaba llamada a prosperar de manera parcial, al tenor de lo establecido en la Ley 1066 de 2006, porque el mandamiento de pago solo había podido ser notificado el 12 de junio de 2017, fecha para la cual algunas de las cuotas partes pensionales contenidas en el mandamiento de pago emitido en el año 2016 se encontraban prescritas.

La Unidad Administrativa Especial de Pensiones del departamento de Cundinamarca no interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, pese a que sus pretensiones prosperaron de manera parcial.

El departamento de Caldas apeló la decisión únicamente en relación con la prescripción de la acción de cobro respecto a las cuotas partes pensionales anteriores al 14 de junio de 2014, al explicar que la Ley 1066 de 2006 era clara en establecer que la prescripción debía contarse a partir del pago de la mesada pensional, y que esta era de 3 años.

Aunado a que debía tenerse en cuenta que en este caso se radicaron cuentas de cobro las cuales interrumpieron la prescripción por 3 años para que se realizara el pago o se iniciara el proceso de cobro coactivo, y por ello en este caso se tenía hasta el 5 de agosto de 2017 para notificar el mandamiento de pago sin que prescribiera cuota parte pensional alguna.

Así las cosas, la Sala se centrará únicamente en revisar el tema de la prescripción de la acción de cobro de las cuotas partes pensionales causadas con anterioridad al 14 de junio de 2014.

En relación con las cuotas partes pensionales, el Consejo de Estado¹ las ha definido como *“obligaciones que se dan entre entidades públicas, de contenido crediticio, las cuales*

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil -doce (12) de agosto de dos mil diez (2010) - Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00054-00(2005)

confieren un derecho al recobro radicado en cabeza de la entidad que ha pagado la mesada respectiva. La Sala ya había sostenido esta tesis, cuando al analizar la situación en la cual una entidad ha pagado la mesada pensional y otra no ha reembolsado los valores correspondientes a su cuota parte, dijo que existía “una deuda consolidada para la entidad que ha incumplido el pago, y un derecho para la otra que busca el respectivo recaudo”.² Y siendo un derecho, la misma ley ha señalado el término para ejercer el mismo, so pena de prescripción de la correspondiente acreencia, aspecto sobre el que la Sala volverá más adelante”.

La Ley 1066 de 2006, por la cual se dictaron normas para la normalización de la cartera pública, consagró lo siguiente en relación con el cobro de las cuotas partes pensionales:

ARTÍCULO 4o. COBRO DE INTERESES POR CONCEPTO DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. *Las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales causarán un interés del DTF entre la fecha de pago de la mesada pensional y la fecha de reembolso por parte de la entidad concurrente. El derecho al recobro de las cuotas partes pensionales prescribirá a los tres (3) años siguientes al pago de la mesada pensional respectiva. La liquidación se efectuará con la DTF aplicable para cada mes de mora.*

PARÁGRAFO. *Cuando se celebren acuerdos de pago en materia de seguridad social en pensiones en ningún caso de las condiciones que se establezcan podrán derivarse perjuicios al afiliado o al fondo común de naturaleza pública.*

ARTÍCULO 5o. FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. *Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.*

(...)

En virtud de la disposición transcrita, el derecho al recobro de las cuotas partes pensionales causadas desde la entrada en vigencia de la citada Ley 1066 (29 de julio de 2006), como es

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 20 de agosto de 1998, rad. 1108.

este caso, prescribe en un plazo de 3 años contados a partir del pago de la mesada pensional, ya que en este momento es que se hace exigible la obligación.

La misma ley, en el artículo 5, precisó que las entidades públicas que tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor deben seguir el procedimiento de cobro descrito en el Estatuto Tributario. Y el artículo 5 del Decreto Reglamentario 4473 de 2006 dispone la aplicación integral de dicho estatuto³.

En virtud de esa remisión, son las disposiciones de esa codificación a las que se debe acudir para efectos de establecer en qué eventos opera la interrupción y suspensión de la prescripción de acción de cobro de las cuotas partes pensionales establecida en el artículo 4 de la Ley 1066 de 2006, encontrando que el artículo 818 del ET regula el tema de la siguiente manera:

ARTICULO 818. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TERMINO DE PRESCRIPCIÓN. *<Artículo modificado por el artículo 81 de la Ley 6 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> El término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.*

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

El término de prescripción de la acción de cobro se suspende desde que se dicte el auto de suspensión de la diligencia del remate y hasta:

- La ejecutoria de la providencia que decide la revocatoria,*
- La ejecutoria de la providencia que resuelve la situación contemplada en el artículo 567 del Estatuto Tributario.*
- El pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el caso contemplado en el artículo 835 del Estatuto Tributario.*

Al retomar lo probado en el proceso, reposan cuentas de cobro que datan del 8 de mayo de 2013; 8 de agosto de 2013; 5 de diciembre de 2013; 21 de abril de 2014; 22 de julio de 2014; 5 de agosto de 2014, 20 de octubre de 2014 y 22 de enero de 2015.

³ **Artículo 5º. Procedimiento aplicable.** Las entidades objeto de la Ley 1066 de 2006 aplicarán en su integridad, para ejercer el cobro coactivo, el procedimiento establecido por el Estatuto Tributario Nacional o el de las normas a que este Estatuto remita.

Con la cuenta de cobro que tiene fecha del 5 de agosto de 2014 se dio respuesta a oficio presentado por la deudora el 8 de julio de 2014, y con ella se enviaron las liquidaciones de cada uno de los pensionados, dando claridad a cada una de las diferentes cuentas de cobro presentadas en la etapa persuasiva. Y es a partir de este documento que el departamento de Caldas soporta la prescripción de 3 años para notificar el mandamiento de pago, concluyendo que tenía hasta el 5 de agosto de 2017 para realizar esta actuación y continuar así con la interrupción de la prescripción que aduce ya se había suspendido por la radicación de las cuentas de cobro.

Se advierte que el día 31 de octubre de 2016 se emitió mandamiento de pago nro. 0019-2016 por parte de la dependencia de cobro coactivo de la secretaría de Hacienda del departamento de Caldas por la cantidad de \$4.222.534, correspondiente a las cuotas partes pensionales de los señores Josué Henao Mejía (\$3.278.775,13) y el señor Ramón Millán Torres (\$943.758,70), ambas por el periodo del 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014; más los intereses a la tasa máxima que permitiera la ley, desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se verificara el pago total de la misma.

Como se relacionó, el mandamiento de pago solo fue notificado el 12 de junio de 2017, según documento aportado por la parte demandante donde consta el sello de radicación. Este hecho, además, no fue refutado por el departamento de Caldas.

Pese a que la demandada afirma que las cuentas de cobro tienen la virtualidad de interrumpir la prescripción de la acción de cobro esta Sala considera que ello no es así, y que por disposición legal solo el mandamiento de pago tendría este efecto, siguiendo lo consignado en el artículo 818 del ET, norma a la que se debe acudir por disposición expresa de la ley del año 2006.

Y es que el artículo 818 del ET en ningún momento consagra las cuentas de cobro dentro de los supuestos establecidos para la interrupción de la prescripción de la acción de cobro, y ello tendría sentido porque el proceso de jurisdicción coactiva propiamente dicho inicia cuando se libra mandamiento de pago, no con la radicación de una cuenta de cobro que se trata de un trámite persuasivo previo al coactivo. Es decir, ilógico sería tratar de interrumpir la prescripción de una acción de cobro coactivo que aún no ha iniciado con una cuenta de cobro que ni siquiera hace parte del mismo.

Frente a este tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en providencia del 12 de agosto de 2010, radicado 11001-03-06-000-2010-00054-00(2005) explicó:

De lo expuesto en el presente acápite pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) Las normas que desde mediados del siglo pasado consagraron las cuotas partes pensionales como una obligación de pago concurrente de la pensión de jubilación, también consagraron un **derecho al recobro** sobre los créditos que se derivan del pago concurrente de cada mesada pensional individualmente considerada.*
- b) Las normas laborales contemplan un término legal y especial de prescripción de tres años para las prestaciones periódicas, el cual es recogido por la ley 1066 de 2006 para el recobro de las cuotas partes pensionales, siendo actualmente la norma vigente sobre la materia.*
- c) El derecho al recobro de las cuotas partes pensionales, así como la obligación correlativa de su pago por cada una de las entidades concurrentes, sólo nace y es **exigible** cuando el desembolso de cada mesada se ha hecho efectivo (pagado) al jubilado.*
- d) Será entonces desde el momento del citado pago efectivo de la correspondiente mesada pensional que comenzará a contarse el término de prescripción de tres años.*

No escapa a la Sala lo previsto en el artículo 41 de la ley 153 de 1887, relativo al tránsito de legislación en materia de prescripción, que al respecto prevé:

***“Artículo. 41.-** La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.”.*

*Para el caso concreto, la anterior disposición se podría ilustrar con el siguiente ejemplo: si se pretende el cobro coactivo de una cuota parte pensional que se pagó el **29 de junio de 2006**, la prescripción se daría el **29 de junio de 2009** de conformidad con las normas anteriores a la ley 1066. Ahora bien, al entrar a regir esta ley el **29 de julio de 2006** reiterándose el término de prescripción de 3 años para el mencionado cobro, cabe deducir que para el ejemplo propuesto, la prescripción sólo empezaría a correr desde esa fecha, y únicamente se produciría el **29 de julio de 2009**.*

La Sala hace notar que, ofreciéndose al intérprete estas dos soluciones posibles, el artículo 41 de la ley 153 de 1887 permite al prescribiente elegir una de ellas según su conveniencia.

1.1. Interrupción de la prescripción.

Como se sostuvo en el punto 3 de este concepto, las normas aplicables al procedimiento administrativo de cobro coactivo son las previstas en el Estatuto Tributario. En este sentido, el artículo 818 ibídem, dispone:

(...)

Resalta la Sala, que la norma especial del Estatuto Tributario transcrita, establece que la prescripción se interrumpe, entre otras razones, por la notificación del mandamiento de pago y que una vez interrumpida la prescripción, el término empieza a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, la terminación del concordato o la terminación de la liquidación forzosa administrativa, según el caso.

Dado que en la consulta de la referencia se señala que los procesos de cobro coactivo de cuotas partes pensionales comenzaron con posterioridad a la ley 1066, la interrupción de la prescripción en tales procesos sólo puede darse en los eventos señalados en el artículo 818 del E.T., particularmente con el mandamiento de pago que allí se hubiere proferido.

Así las cosas, la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones en mención se verificó si transcurrieron más de tres años desde el pago efectivo de la mesada pensional respectiva, sin que se hubiere notificado el mandamiento de pago correspondiente.

*Pero notificado el mandamiento de pago se interrumpe la prescripción, momento en el que empiezan a contarse nuevamente los 3 años para la **prescripción definitiva** de la obligación. Llama la atención la Sala sobre este aspecto, considerando que en los antecedentes de la consulta puede advertirse que en los procesos actualmente adelantados por ese Ministerio se libró mandamiento de pago, y estaría corriendo entonces la prescripción prevista en la norma comentada.*

También se cita sentencia de la Sección Cuarta del 25 de mayo de 2023 proceso con radicado 25000-23-37-000-2017-00547-01 (26164) que sobre el tema explicó:

En virtud de la norma transcrita y para el cobro de las cuotas partes pensionales, el término de tres (3) años que tienen las entidades públicas para adelantar la acción de cobro coactivo y lograr el pago efectivo, se interrumpe, entre otros eventos, con la notificación del mandamiento de pago y por el otorgamiento de facilidades de pago. Y ese término vuelve a correr nuevamente, en el primer caso, al día siguiente de dicha interrupción.

En asuntos en los que se estudia la ocurrencia o no de la prescripción de la acción de cobro de obligaciones tributarias, esta Sección ha señalado que de la lectura de los artículos 817 y 818 del ET se colige que la administración no solo debe iniciar la acción de cobro coactivo dentro del término prescriptivo contado desde que se hace exigible la obligación, sino que, una vez iniciada, debe culminarla en ese término. De no hacerlo así, los actos que profiera con posterioridad quedan viciados por falta de competencia temporal⁴.

⁴ Ver, entre otras, las sentencias de 28 de febrero de 2013, Exp. 17935 y 28 de agosto de 2013, Exp. 18567, ambas con ponencia de Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Así, se ha sostenido que la acción de cobro no puede extenderse en forma indefinida en el tiempo y que la ejecutante (entidad pública) debe obtener forzosamente el pago de las obligaciones que el deudor no cubrió voluntariamente con el decreto de medidas cautelares como el embargo, secuestro y remate, diligencia última que busca lograr el pago hasta la concurrencia de lo debido. Por tanto, con el producto del remate, si cubre el valor adeudado, se extingue la obligación⁵. También se extingue cuando la adjudicación de los bienes del ejecutado es directa. Las anteriores consideraciones son aplicables para la acción de cobro iniciada para obtener el pago de cuotas partes pensionales adeudadas.

El departamento de Caldas libró mandamiento de pago por las cuotas partes pensionales de los señores Josué Henao Mejía y Ramón Millán Torres, sustituidas a las señoras Olga Henao de Henao y Myriam Millán Téllez, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, es decir, causadas en vigencia de la Ley 1066 de 2006, lo que denota claramente la necesidad de remisión al artículo 818 del ET.

Al contabilizar los 3 años anteriores a la notificación del mandamiento de pago, 12 de junio de 2017, estos irían hasta el 12 de junio de 2014, lo que significa que solo es factible cobrar coactivamente las cuotas partes pensionales causadas del 12 de junio de 2014 al 31 de diciembre de ese mismo año, pues de esa fecha hacía atrás se presentó la prescripción de la acción de cobro, por lo que la conclusión de la sentencia de primera instancia, en este aspecto, se encuentra ajustada a derecho.

Sin embargo, se encuentra que el juez declaró la prescripción de la acción de cobro en relación con las cuotas partes pensionales anteriores al 14 de junio de 2014, pero entiende la Sala que esa fecha fue consignada por error porque en la sentencia de primera instancia claramente se estableció que la notificación del mandamiento de pago ocurrió el 12 de junio de 2017, dato que se comprobó en segunda instancia, lo que significaría que la prescripción se daría en relación con las cuotas partes pensionales anteriores al 12 de junio de 2014, y en tal sentido se deberá modificar la sentencia de primera instancia.

Conclusiones

De conformidad con la Ley 1066 de 2006, norma que establece la prescripción de la acción de cobro de las cuotas partes pensionales, y que remite al Estatuto Tributario en cuanto a los supuestos para interrumpirla, es claro que solamente por disposición legal la

⁵ Íbidem.

notificación del mandamiento de pago, para este caso, tendría la virtualidad de interrumpir dicho fenómeno, tal como lo declaró el *A quo*.

Pero se modificarán los ordinales segundo y tercero del fallo en el sentido que la prescripción de la acción de cobro se da respecto a las cuotas partes pensionales anteriores al 12 de junio de 2014 y no del 14 de junio de 2014, como se plasmó en la sentencia.

En lo demás, se confirmará la providencia del 8 de abril de 2021.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no hay lugar a imposición en costas en esta instancia, en razón a que la sentencia de primera instancia será modificada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN** del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de abril de 2021 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por el **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONALES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, el cual quedará así:

DECLARAR probada parcialmente la excepción de “**prescripción de la acción de cobro**” y en consecuencia **DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** de la Resolución nro. 005 del 14 de febrero de 2018 y de la Resolución nro. 006 del 16 de abril de 2018 proferidas por la Unidad de Rentas Grupo de Cobro coactivo del Departamento de Caldas, en el sentido de que las cuotas partes pensionales, de las mesadas pensionales de las señoras Olga Henao de Henao y Myriam Millán Téllez, causadas con anterioridad al 12 de junio de 2014 se encuentran prescritas.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de abril de 2021, el cual quedará así:

A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** que el proceso de cobro coactivo No. 019-2016 adelantado por el departamento de Caldas en contra del departamento de Cundinamarca continúe respecto de las cuotas partes pensionales causadas entre el 12 de junio de 2014 y el 31 de diciembre de 2014.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 8 de abril de 2021.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

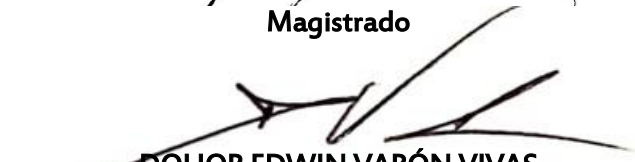
Sentencia proferida en Sala de Decisión realizada el 12 de octubre de 2023, conforme acta nro. 064 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 183 del 17 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-39-007-2021-00268-02
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	AUGUSTO BECERRA LARGO Y JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRAGA
ACCIONADO	MUNICIPIO DE PENSILVANIA - CALDAS

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el escrito presentado por el señor Javier Elías Arias Idárraga en el que interpone recurso de reposición, queja, súplica, casación y nulidad contra el auto del 14 de septiembre de 2023, mediante el cual se inadmitió el recurso de apelación contra la sentencia del 31 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante proveído del 14 de septiembre notificado por estado electrónico el 18 de septiembre de 2023, la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas, inadmitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 31 de marzo del presente año por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, al considerar que el escrito del recurso de apelación fue presentado extemporáneamente.

En correo allegado el 19 de septiembre del año en curso, la parte actora presentó escrito en el que interpone recurso de reposición, queja, súplica, nulidad y casación frente al auto anterior, bajo el argumento que se comete un exceso ritual manifiesto, que se desconoce un derecho sustancial, y solicitó nulidad de todo lo actuado por la denuncia penal que se realizó contra el actor popular y se debió declarar impedido el Magistrado ponente para tramitar la demanda de la referencia.

Por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas, se corrió traslado de los recursos interpuestos.

El apoderado de la parte accionada Municipio de Pensilvania – Caldas, dentro del término oportuno se pronunció y solicitó se confirme en su totalidad el auto del 14 de septiembre de 2023, bajo el argumento que la sentencia de primera instancia se notificó el 10 de abril de 2023, por ello, el término para interponer los recursos correspondientes corrieron del 13 al 17 de abril de 2023, contados los dos días de que trata el artículo 8 de la Ley 1223 de 2022, términos que transcurrieron en silencio por parte de los actores populares, por cuanto allegaron el recurso de apelación solamente hasta el 18 de abril de 2023.

II CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el escrito, de la siguiente forma:

Sobre la Nulidad.

Al tener en cuenta que, si en el presente caso estuvieran dadas las condiciones legales para decretar una nulidad, considera la Sala que esta petición se resolverá en primer momento, por cuanto de decretarse conllevaría por sustracción de materia a invalidar lo actuado, procederá en primer momento a resolver esta petición.

Argumenta el actor que, hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado, por cuanto supuestamente el ponente se debió declarar impedido por cuanto en oportunidad anterior, este servidor presentó una denuncia penal contra el actor.

Es necesario recordar que, el ponente Carlos Manuel Zapata Jaimes, en fecha 02 de junio de 2023 manifestó el impedimento para conocer del presente asunto, precisamente invocando la misma causal expuesta por el actor; en providencia del 18 de agosto de 2023, los demás magistrados que conforman la sala declararon infundada la causal de impedimento, en este orden de ideas, no se ajusta la petición a lo rituado en el expediente, esto es, que ya se tramitó el impedimento, sin que haya sido aceptado, por lo que la actuación posterior a la decisión del impedimento, es completamente válida.

En relación a lo anterior, se negará la solicitud de nulidad solicitada por la parte actora.

Frente al Recurso de Reposición:

Respecto al recurso de reposición la Ley 472 de 1998, previó lo siguiente:

ARTICULO 36. RECURSO DE REPOSICION. Contra los autos dictados durante el trámite de la Acción Popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el Código General del proceso en relación con el recurso de reposición consagró:

ARTÍCULO 318. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDADES.

[...]

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

PARÁGRAFO. *Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.*

Observa la Sala que, conforme a Ley 472 de 1998 contra cualquier auto proferido dentro de una acción popular, procede el recurso de reposición, el cual deberá presentarse en la forma y oportunidad señalada en el artículo 318 del C.G del P.

Por ende, el auto que inadmite el recurso de apelación sería susceptible del recurso de reposición, y en atención a que el mismo fue interpuesto dentro de los tres días siguientes a su notificación, como lo señala el C G del P; sin embargo, el mismo artículo 318 del C.G del P., señala que en el mismo se deberá, expresar las razones en que se sustente.

Caso bajo estudio

Señala la parte actora escuetamente que, recurre, pues observa que hay exceso de ritualismo, y no hay prelación de lo sustancial sobre lo formal, así expuesta las cosas, en principio considera la Sala, que nos encontramos frente a lo que la doctrina a denominado un recurso fallido, que inhabilita al juez para decidir de fondo, pues al no señalar con precisión en que consistió el supuesto exceso de ritualismo, y como se vulneró el principio de la primacía de lo sustancial

sobre lo formal, sería imposible para el Juez, hacer un catálogo de aspectos sobre los cuales se pudo haber referido el actor en su recurso.

Acudiendo, al principio de caridad, y facultad de interpretación, entiende la Sala que, la inconformidad, se da, por el hecho de que la Sala acudió en forma expresa a lo dispuesto en el artículo 322 del CPACA, para considerar extemporáneo el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, por lo que procederá la Sala a revisar esa interpretación, para ver si hay exceso de ritualismo.

Como marco general, se debe señalar que, las normas procesales como se ha entendido siempre por la doctrina y la jurisprudencia son normas de orden público, esto es, que son de estricto cumplimiento y que, el legislador tiene amplias facultades para reglamentar los términos en los cuales se debe interponer los recursos, y que esas disposiciones no dan lugar a interpretaciones laxas.

El Problema Jurídico que se estudió en esa oportunidad fue, si el recurso de apelación se presentó dentro de la oportunidad legal, para ello se trajo a colación el siguiente,

Marco Normativo

El artículo 37 de la Ley 472 de 1998, previó lo siguiente:

***“Artículo 37. Recurso de apelación.** 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 deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente...”*

De otro lado, el artículo 322 del Código General del Proceso, aplicable al presente asunto por remisión expresa del artículo 37 de la Ley 472 de 1998, consagra:

“Artículo 322. oportunidad y requisitos. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

[...]

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado. (subrayas del Despacho)

Por su parte el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022, estableció lo siguiente:

“NOTIFICACIONES PERSONALES Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

La notificación personal se entenderá realizada **una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje** y los términos empezarán a contarse cuándo el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

(...)”. (Subrayas del Despacho)

Al hacer un estudio comparativo de estas disposiciones, llegó la Sala a la conclusión de que, para entender presentado válidamente el recurso de apelación a una sentencia proferida dentro de un proceso de Protección de los derechos e intereses colectivos, deberá el interesado hacerlo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a los dos (2) días hábiles posteriores al envío del mensaje correspondiente.

Consideró en su oportunidad que, en el caso bajo estudio, la sentencia fue proferida el 31 de marzo de 2023, pero notificada por correo electrónico el 10 de abril del presente año, mensaje que se envió a las 5:05. p.m.

Así las cosas, los dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje se entiende se surtieron hasta el 12 de abril a las 5.05 p.m., en consecuencia, los tres (3) días hábiles siguientes comenzaban a contarse a partir del 13 de abril del año en curso y se vencían el 17 de abril hogaño.

Sin embargo, el recurso fue interpuesto, conforme obra en el expediente, el 18 de abril del año en curso, a las 11 y 45 a.m.

Así las cosas, ya había expirado el plazo que, conforme a la ley, se podía presentar válidamente el recurso de apelación.

Sostiene el Juzgado de origen al momento de conceder el recurso de apelación, avalando lo informado en la Constancia Secretarial, que como el mensaje se envió a las 5:05 p.m. del 10 de abril, se debe entender que el mensaje se hizo al día siguiente, por eso para ese Despacho se presentó oportunamente, y se apoyan para ello en lo dispuesto por el artículo 109 del C. G. del P.

El artículo 109 del C,G del P. señala:

Presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones: El secretario hará constar la fecha y hora de presentación de los memoriales y comunicaciones que reciba y los agregará al expediente respectivo; los ingresará inmediatamente al despacho solo cuando el juez deba pronunciarse sobre ellos fuera de audiencia. Sin embargo, cuando se trate del ejercicio de un recurso o de una facultad que tenga señalado un término común, el secretario deberá esperar a que este transcurra en relación con todas las partes.

Los memoriales podrán presentarse y las comunicaciones transmitirse por cualquier medio idóneo. Las autoridades judiciales llevarán un estricto control y relación de los mensajes recibidos que incluya la fecha y hora de recepción. También mantendrán el buzón del correo electrónico con disponibilidad suficiente para recibir los mensajes de datos. Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término.

PARÁGRAFO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará la forma de presentar memoriales en centros administrativos, de apoyo, secretarías conjuntas, centros de radicación o similares, con destino a un determinado despacho judicial. En esos casos, la presentación se entenderá realizada el día en que fue radicado el memorial en alguna de estas dependencias.

Como se puede observar, el Juez se apoya en una norma que regula, entre otros aspectos, la fecha en que se debe tener por presentado los memoriales que allegan las partes a las dependencias judiciales, más no regula lo atinente a la hora y fecha en que se deben tener por realizadas las diligencias judiciales, razón por la cual el fundamento jurídico de su decisión no aplica.

Sin embargo, el artículo 106 del C.G del Proceso si regula sobre las horas de las actuaciones judiciales y prescribe:

Artículo 106: las actuaciones, audiencias y diligencias judiciales se adelantarán en días y horas hábiles, sin perjuicio de los casos en que la ley o el juez dispongan realizarlos en horas inhábiles».

Las audiencias y diligencias iniciadas en hora hábil podrán continuarse en horas inhábiles sin necesidad de habilitación expresa.

Si se lee con cuidado el contenido de la disposición, el artículo 106 permite que a disposición del Juez algunas diligencias se pueden realizar en horas inhábiles, y según el inciso segundo, las diligencias iniciadas en horas hábiles pueden continuar en inhábiles sin necesidad de habilitación expresa.

Es de entender, que el Juez como director del Despacho tenía el conocimiento de las horas en que se trabaja en la Secretaría de su Despacho, y en todo caso, es una obviedad que para poder enviar el mensaje de notificación a las 5 y05 minutos de la tarde, la diligencia se inició momentos antes de las 5 p.m., de lo contrario era un imposible factico la hora en que definitivamente se envió el mensaje.

Pero más allá de estas disquisiciones, que pueden verse como subjetivas, la verdad es que, la única razón para que el legislador hubiese otorgado dos días adicionales al del envío del mensaje para iniciar el conteo de los plazos o de la ejecutoria en este caso, era precisamente garantizar que, en esos dos días siguientes al mensaje, las partes hubiesen tenido oportunidad de entrar a la bandeja del correo electrónico y enterarse de todos los mensajes enviados.

Y así lo hizo saber la Corte Constitucional en la sentencia C-420 de 2020, al referirse al inciso 3 del artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, expedido por el Gobierno, al disponer que, la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje, tuvo como «objeto conceder un término razonable para que los sujetos procesales puedan revisar su bandeja de entrada, partiendo del reconocimiento de que no todas las personas tienen acceso permanente a Internet».

El citado inciso tercero se encuentra reflejado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011 y fue adoptado como legislación permanente de manera reciente por la Ley 2213 de 2022 en su artículo 8, teniendo en cuenta que «en Sentencia C-420 de 2020, la Corte Constitucional advirtió que las medidas adoptadas a través del Decreto Legislativo referenciado se ajustan a la Constitución, materializando los mandatos relacionados con “el acceso a la administración de justicia (arts. 2 y 229 de la Constitución), el principio de publicidad y el ejercicio del derecho al debido proceso (art. 29 de la Constitución)”, máxime si se tiene en cuenta que estas reconocen la actual brecha tecnológica del país que en la actualidad impide que la prestación del servicio de justicia sea íntegramente virtual, admitiendo la presencialidad (Parágrafo del artículo 1)».

Conforme con los anteriores planteamientos, se evidencia que el legislador al regular la notificación por medios electrónicos de las providencias en el artículo 205 del CPACA, tuvo como propósito otorgar un término razonable a los sujetos procesales para que pudieran revisar su bandeja de entrada, reconociendo que no todas las personas tienen acceso permanente a internet, y que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta Política la medida, teniendo en cuenta que con ello se materializan los mandatos relacionados con el acceso a la administración de justicia, el principio de publicidad y el derecho al debido proceso.

Por todo lo anterior, es suficiente entender que los dos días que corrieron después del mensaje de datos con el que se notificó la sentencia, acaecieron el 12 de abril de 2023, si se quiere ser exegéticos a las 5 y 05 de la tarde, luego los tres (3) días siguientes para presentar el recurso se vencieron el 17 de abril de este año.

Como quiera que el recurso se presentó el 18 de abril del presente año, es claro que se presentó en forma extemporánea, por lo que se deberá inadmitir.

De todo lo anterior, se observa que hay un estudio juicioso y sistemático, que impide afirmar, que ello conllevó a un exceso de ritualismo.

Recurso de queja:

De otro lado, respecto al recurso queja, el Código de Procedimiento Administrativo en el artículo 245 señala:

ARTÍCULO 245. QUEJA. *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.

Es decir, la norma es clara al señalar que, el recurso de queja solo procede cuando en primera instancia se deniegue, se rechace o se declare desierto el recurso de apelación, por lo que no es aplicable para este caso, teniendo en cuenta que, el auto contra el cual se interpuso fue proferido en segunda instancia, esto es, que por sustracción de materia no hay superior funcional.

Por ende, se rechazará este recurso

Recurso de súplica

En cuanto al recurso de súplica, es de la esencia conforme se deduce de lo dispuesto en el artículo 331 del C.G del P., que procede cuando el magistrado ponente profiera autos en segunda instancia o única instancia, en los que por su naturaleza debieran ser objeto de apelación, para que los demás magistrados que conforman la sala puedan revisar la legalidad del mismo.

En este caso, como el auto es proferido por la sala, es inane o improcedente el recurso de súplica por sustracción de materia, por ende, se rechazará.

Recurso de casación

Por último, frente al recurso de casación, hay que poner de presente al actor, que es un recurso extraordinario aplicable únicamente a los procesos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, esto se deduce de lo expuesto en el artículo 334 del Código General del Proceso, que prescribe:

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN. *El recurso extraordinario de casación procede contra las siguientes sentencias, cuando son proferidas por los tribunales superiores en segunda instancia:*

- 1. Las dictadas en toda clase de procesos declarativos.*
- 2. Las dictadas en las acciones de grupo cuya competencia corresponda a la jurisdicción ordinaria.*
- 3. Las dictadas para liquidar una condena en concreto.*

Es decir, no es aplicable para este caso, debido a que el auto fue proferido por un Tribunal Administrativo.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas:

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de nulidad interpuesta por la parte actora.

SEGUNDO: NO REPONER el auto del 14 de septiembre de 2023, mediante el cual se inadmitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 31 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales.

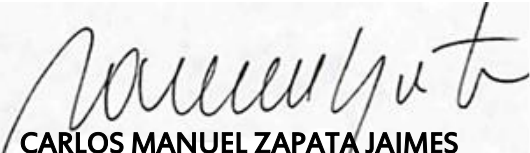
TERCERO: RECHAZAR los recursos de queja, súplica y casación interpuestos por la parte actora, contra el auto referido.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el Sistema de Justicia Siglo XXI.

QUINTO: **NOTIFÍQUESE** por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 12 de octubre de 2023, conforme acta nro. 064 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 183 del 17 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-39-008-2022-00217-02
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	JOSÉ JULIAN LEÓN ZULUAGA
ACCIONADOS	MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala primera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la impugnación presentada por el demandante y el municipio de Manizales, contra el fallo proferido el día trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023) por parte del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales mediante el cual se accede parcialmente a las pretensiones del actor.

PRETENSIONES

Solicitó el accionante:

- “PRIMERA: Amparar los derechos colectivos de la población a la prevención de desastres técnicamente previsibles y el goce del espacio público actualmente vulnerados por los hechos narrados.*
- SEGUNDO: Ordenar adoptar todas las medidas técnicas, administrativas y presupuestales tendientes a dar solución a la problemática y amparar a los derechos e intereses colectivos.*
- TERCERA: Ordenar a quien corresponda realizar una pavimentación de la zona que actualmente carece de la misma, con adecuación de andenes peatonales y zona dura de vehículos, cumpliendo con la normativa que se establece para tal fin.*
- CUARTO: Ordenar a quien corresponda realizar las obras de tratamiento de aguas lluvias en el sector Y cualquier otra ejecutar; así como todas las demás acciones necesarias para lograr la circulación correcta en la zona tanto de peatones como de vehículos, para prevenir la infiltración de agua cumpliendo con las normas técnicas requeridas.*
- QUINTO: Ordenar a quien corresponda realizar las demás obras tipo escalera y andenes peatonales que sean requeridas, así como la estabilidad de los taludes del mencionado sector y que se ha mencionado en las respuestas emitidas por la autoridad municipal.”*

HECHOS

Indicó el actor como hechos:

Informó que, en la manzana 8 (alrededor de toda la misma) particularmente con carrera 6° norte, calle 17 A occidente del barrio La Linda, la Calle 65 carece de pavimentación desde el momento de su construcción y no cuenta con sistemas de manejo de aguas lluvias u otras aguas superficiales.

Señaló que desde el año 2010 ha solicitado a la administración municipal la pavimentación a través de malla vial para el paso de vehículos, así como la construcción de los mencionados andenes en la zona, obteniendo las siguientes respuestas:

- "Oficio GV 514 Rad 2360 del 10 de diciembre de 2010 de la Secretaría de Obras Públicas: En atención al oficio de referencia, me permito comunicarles que la construcción del pavimento en el sector de la Manzana 8 del barrio la Quinta, hace parte del inventario de necesidades viales de la ciudad que se atiende de acuerdo con los recursos con que se cuenta los cuales lamentablemente son muy limitados debiendo priorizar la inversión e ir ejecutando por partes.

De acuerdo con el proyecto de presupuesto para la próxima vigencia, tampoco será posible la pavimentación solicitada, toda vez que el rubro de mantenimiento y construcción de vías está completamente desfinanciado.

Se recomienda relacionar en el inventario de necesidades viales de la ciudad el tramo de vía semipeatonal a construir. Igualmente, el tramo de andén a construir y el tramo de escalas sobre la semipeatonal en el talud que se gorma (sic) en la calle 17 A occidente.

-Oficio Rad 141 Respuesta a GED 12865- 15 del 15 de mayo de 2015: Se realizar visita a la dirección mencionada, observando vía que carece de zona dura para el tráfico vehiculas (sic), generando algunos inconvenientes a los habitantes del sector.

Se recomienda incluir en el inventario de necesidades viales, la construcción de pavimento en el sector mencionado, para ser desarrollado de acuerdo a un orden de prioridades y a los recursos que se cuente para próximas vigencias fiscales.

-Oficio SOPM-1915-GVU-16 del 09 de agosto de 2016: Se pudo observar una vía que carece de zona dura para el tráfico vehicular. Por tal motivo, se incluirá este sitio en el inventario de necesidades viales de la ciudad, el cual será atendido de acuerdo con un orden de prioridades ya los recursos con que se cuenten en próximas vigencias fiscales".

Informó que la problemática continua vigente a pesar de haber transcurrido 22 años desde la primera solicitud continúa sin pavimentación la vía y con la continua filtración de agua hacia las viviendas, lo que limita el paso de vehículos y peatones en la zona.

Finalmente, dio a conocer la remisión del derecho de petición con el fin de agotar requisito de procedibilidad ante la Secretaría de Obras Públicas el día 19 de julio de 2022, bajo el radicado 47850-2022 en el cual solicitó realizar la pavimentación, las obras de tratamiento de agua, los andenes y la construcción de escaleras que se requieran, sin embargo, hasta la fecha no ha obtenido respuesta.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Municipio de Manizales: indicó que la Secretaría de Obras Públicas ha conceptuado en su escrito, mediante Oficio SOPM-2214-UGT-VU 2022, del 07 de septiembre de 2022:

“La zona cuenta con imbornal y canales que permiten recoger las aguas de escorrentía y hacer una entrega efectiva de las mismas. No obstante, al momento de ejecutar las obras de mejoramiento de andenes se determinará la necesidad de construir nuevos sistemas para el manejo de aguas... Respecto a la pavimentación de la zona verde que la comunidad utiliza como vía para ingresar los vehículos hasta un lugar cercano a sus viviendas, nos permitimos informarle que una vez revisado el POT-2017-2031 SIG, se observa que la misma no se encuentra incluida dentro del inventario de la red vial urbana de Manizales, y por dicha razón no es viable su intervención para tal fin... En cuanto a los andenes, se actualizará dentro del inventario de necesidades viales el mejoramiento de los allí existentes para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades y los recurso con que se cuente para próximas vigencias fiscales.

4.Realizar las demás obras tipo escalera y andenes peatonales que sean requeridas, así como la estabilidad de los taludes del mencionado sector y que se ha mencionado en las respuestas emitidas por la autoridad municipal.

En la parte baja de la zona verde se puede observar una significativa diferencia de nivel entre esta y la vía correspondiente a la calle 17ª occidente donde la comunidad ha construido unas escalas en forma artesanal para acceder a dicha calle.

Por esto, le comunicamos que la secretaria actualizará dentro del inventario de necesidades viales la construcción de unas escalas que tengan continuidad con los andenes. Todo esto para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades para próximas vigencias fiscales... De acuerdo a lo anterior, no es posible realizar la construcción de una vía en dicho sector, toda vez que no se encuentra priorizada en el POT, como una vía urbana municipal. Así mismo, la construcción de andenes

y peatonales tipo escaleras, serán incluidas en el inventario de necesidades viales, para desarrollarse en próximas vigencias.”.

Así mismo, como razones de defensa esgrime que, el barrio “La Linda” ha logrado una evolución en la implementación de su malla vial en las diferentes administraciones municipales que en su momento califican e inscriben en un “inventario” de necesidades a intervenir con obras civiles, bajo criterios de profesionales especializados en el asunto.

Que, el concepto técnico no sólo informa sobre la posible intervención en la instalación de las escalas solicitadas (“se actualizará dentro del inventario de necesidades viales la construcción de unas escalas que tengan continuidad con los andenes”), sino que justifica el por qué no se hará lo propio en cuanto a los pavimentos de la Manzana 8 (alrededor de toda la misma) con carrera 6ª norte, calle 17 A Occidente, del barrio La Linda... “vía para ingresar los vehículos hasta un lugar cercano a sus viviendas, nos permitimos informarle que una vez revisado el POT-2017-2031 SIG, se observa que la misma no se encuentra incluida dentro del inventario de la red vial urbana de Manizales, y por dicha razón no es viable su intervención para tal fin”.

En consecuencia, indicó que el municipio de Manizales no ha vulnerado ni amenaza los derechos colectivos que tácitamente reclama el actor y todo lo contrario las vías del barrio La Linda son perfectamente transitables y que sólo las escalas están incluidas en planes de construcción a mediano plazo.

Ahora, proceder conforme a lo que hoy exige el accionante por esta vía judicial, se estaría “coadministrando” al imponerse una obra civil por fuera de nuestro Plan de Ordenamiento Territorial, sobre el cual la Secretaría de Obras Públicas tiene el deber total de acatamiento.

Como excepción propuso la que denominó:

Improcedencia de la acción: advirtió que en ningún momento existe la vulneración de derechos invocados por el accionante, además, que no existe perjuicio que atente en forma alguna contra los derechos colectivos; aduce que, no se evidencia daños, lesionados o amenazas en su contra y sí planeación en intervenciones a corto y mediano plazo.

Moralidad administrativa: que la entidad territorial ha dado cumplimiento a las funciones administrativas acordes a sus competencias y que ha procedido en protección de la comunidad y cumplimiento de los fines estatales, sin omisión alguna.

Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción: adujo que los hechos y las pretensiones de la acción impetrada, no corresponden al trámite de la acción popular, en el entendido, que la vía que se busca mejorar con una inversión, depende de su reconocimiento como tal dentro del POT, y aducen que las escalas se harán mediando una planificación técnica de lo urgente sobre lo importante, agregando que el accionante no acreditó la relación de causalidad que pudiera existir entre la presunta afectación del Interés Colectivo y la acción u omisión del Municipio de Manizales, por lo que debe exonerarse a la entidad, por no haberse surtido los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular.

Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos: manifestó que, no que no basta con indicar que determinados hechos u omisiones violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; no se aportó la prueba de omisiones, negligencia o desatención a los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública. Que, dadas las evidencias o ausencia de ellas, al no existir los fundamentos de hecho ni de derecho, tiene la parte actora la carga procesal para demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones que, sin haberse trasgredido, ahora demanda.

Existencia de otro medio (falta de requisito de procedibilidad): indicó que, vistos los hechos y las pretensiones de la acción impetrada, es claro que ella no corresponde al trámite de la acción popular en el entendido que lo que hace el accionante es buscar un "*control político*" de la gestión del burgomaestre de la ciudad ante la realización de obras civiles en el barrio La Linda.

Agregó además que, la acción popular que hoy es objeto de litigio, es un ejercicio abusivo del poder judicial cuando es evidente que no se ha conculcado derecho alguno y lo que el accionante busca es función primordial de la corporación en cita, agregando que no acreditó la relación de causalidad que pudiera existir entre la presunta afectación del Interés Colectivo y la acción u omisión del Municipio de Manizales, por lo que debe exonerarse a la entidad que representa, por no haberse surtido los supuestos sustanciales para que proceda la presente acción popular.

Genérica: solicito su aplicación conforme al artículo 282 del C.G.P.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la audiencia de pacto de cumplimiento se llevó a cabo el veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023) la cual fue declarada fallida ante la falta de un acuerdo entre las partes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de fecha 13 de junio de 2023 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora, luego de indicar que, es el Estado, quien debe promover el uso equitativo y racional del suelo, a través del ordenamiento territorial cuya función se encuentra en cabeza de la administración, la cual define de manera concertada las reglas para el desarrollo de su territorio regulando usos, aprovechamientos, ocupaciones, y definiendo las zonas de conservación, protección, consolidación, desarrollo, renovación y redesarrollo.

Que, por medio de los Planes de Ordenamiento Territorial, tal como lo hizo el municipio de Manizales mediante el Acuerdo nro. 958 de 2017, en el cual estableció la clasificación del uso del suelo, señalando cual era el suelo urbano, y especificando el subsistema vial, es por lo que, en este caso, no se pueden acceder a la petición elevada por el demandante, toda vez que, no se encuentra incluida en la red vial urbana de este Municipio.

Además, no existiendo prueba alguna que demuestre lo contrario, pues para que la misma se puede catalogar como vía debe pertenecer a la red vial y estar determinada como tal por parte del ente territorial, pues el hecho de que los vecinos del sector estacionan sus vehículos en el lugar cerca a sus viviendas, no la convierte automáticamente en una vía, ya que la misma debe corresponder a un plan y estudios para que la misma pueda ser catalogada como vía, y definida de esa manera en el POT.

Por tanto, consideró que se deben negar las pretensiones del actor en cuanto a la pavimentación de la zona verde donde estacionan los vecinos del sector sus vehículos.

Respecto a las escalas y andenes solicitados, se amparará los derechos y advirtiéndole que existe disposición del Municipio de Manizales para el desarrollo de los mismos, tal como se da a conocer en el informe del 7 de septiembre del 2022 se ordenará la construcción de estos equipamientos en el término de 8 meses contados a partir de la ejecutoria de los mismos, durante los cuales determinarán mediante un estudio que será presentado al

Despacho en el término de 4 meses la necesidad de construir nuevos sistemas para el manejo de aguas lluvias, y señalaran el manejo que se le ha dado a los taludes.

En virtud de lo anterior se consignó en la parte resolutive:

PRIMERO. - DECLARAR no prosperas las excepciones de Improcedencia de la acción”, “inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción”, y la “existencia de otro medio”, propuestas por el Municipio de Manizales.

Declarar prospera la excepción de “moralidad administrativa”, y parcialmente la de “Carencia de prueba que constituya vulneración de derechos colectivos”, propuestas por el Municipio de Manizales.

SEGUNDO. - NEGAR la pretensión elevada por el actor popular en cuanto a la pavimentación de la zona verde, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - AMPARAR los derechos colectivos invocados por el demandante al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público contenidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 en contra del MUNICIPIO DE MANIZALES, únicamente en cuanto a las pretensiones de construcción de escalas y andenes.

CUARTO. - En consecuencia, ORDENAR al Municipio de Manizales a la construcción de escalas y andenes en el término de 8 meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tiempo durante el cual determinará mediante un estudio técnico que será presentado al Despacho en el término de 4 meses la necesidad de construir nuevos sistemas para el manejo de aguas lluvias, y señalara el manejo que se le ha dado a los taludes.

QUINTO. - A costa del MUNICIPIO DE MANIZALES - CALDAS, publíquese la parte resolutive de esta sentencia en un diario de amplia circulación nacional, aportando al expediente prueba de su realización. Por la Secretaría líbrese la comunicación correspondiente.

SEXTO. - De conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, se crea el COMITÉ DE VERIFICACION de cumplimiento de la sentencia, del cual formarán parte el actor popular, el Ministerio Público, y los demandados quienes al vencimiento del plazo concedido remitirán al Despacho, informe sobre el cumplimiento de esta sentencia.

SEPTIMO. - En firme esta providencia, efectúense por la Secretaría las comunicaciones de rigor, en la forma más expedita posible, dejando las constancias en el expediente, al tenor del artículo 80 de la ley 472 de 1998. Una vez hecho lo anterior cancélese su radicación y archívese.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Demandante: presentó recurso de alzada contra la providencia de primera instancia exponiendo que, los planes de ordenamiento territorial no son inamovibles mientras no se modifique la estructura principal del mismo, es por ello que a través de la actualización cartográfica que está sujeta a la aprobación de la Secretaria de Planeación puede considerarse la zona verde como zona de pavimentación pues es claro que interrumpe el flujo vehicular. Es por ello que solicita se revoque el fallo de primera instancia en cuanto negó la pretensión encaminada a la pavimentación de una zona verde en el sector objeto de la presente controversia.

Municipio de Manizales: indicó que la entidad territorial está en la disposición de realizar la construcción de la vía peatonal, así mismo, la construcción de las obras de manejo de aguas que puedan llegar a captar estas obras; Sin embargo, el plazo establecido en la sentencia no es viable dado que: (i) Se requiere establecer en el plan de trabajo para la asignación de recursos para la ejecución de las obras, lo cual se realiza en el primer trimestre del año. (ii) Todo el proceso precontractual demora alrededor de 3 meses, por lo que, a la fecha no es viable para la administración iniciar un proceso de contratación que posiblemente no pueda finalizar en la presente anualidad.

Por lo anterior, se solicita se modifique el plazo para ejecutar las obras durante el segundo semestre de la vigencia 2024, teniendo en cuenta que además hay cambio de administración y durante el primer trimestre se elabora el plan de gobierno.

CONSIDERACIONES

Persigue la parte accionante que, mediante la acción contemplada en el artículo 88 constitucional, se garantice los derechos colectivos a la prevención de desastres técnicamente previsibles y el goce del espacio público.

El artículo 88 de la Carta Política dispone en su inciso primero:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

El artículo reproducido fue desarrollado por la referida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2 establece que, las acciones populares *"son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos"*; que *"se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible"*.

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que *"Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos"*, acción que, a voces del artículo citado, *"podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo"*. (Subraya la Sala)

De acuerdo a lo anterior, se tienen entonces como elementos necesarios para la procedencia de la acción popular, los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos e intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

Problema Jurídico.

Corresponde entonces establecer a la Sala, de conformidad con el recurso de apelación determinar si en el presente asunto se configura la vulneración alegada por el actor.

Análisis Probatorio.

En el cartulario fue allegado el siguiente material probatorio:

1. Solicitud del año 2010 de los vecinos del sector dirigida a la Secretaría de Infraestructura del Municipio, en la cual piden la pavimentación en el sector que genera problemáticas para la movilidad y el desplazamiento.
2. Mediante Formato de visita técnica realizada el 9 de diciembre de 2010 la Secretaría de Obras del Municipio de Manizales informó:

Solicitante: VECINOS LA QUINTA (LA LINDA)

FECHA: DIC - 9 -10

Dirección: MANZANA 8 CASA # 66

Barrio: LA LINDA SECTOR LA QUINTA

Teléfono: 8708132

Nombre del Funcionario Asignado: JOSÉ ALEXANDER BUITRAGO.

Lugar de la visita: MANZANA 8 (AL REDEDOR) BARRIO LA QUINTA

OBSERVACIONES DE LA VISITA

En atención al oficio radicado en la Secretaría de Obras con # 2360 de NOV 22, se realizó visita al sitio donde se hicieron las siguientes observaciones:

• La MZNA # 8, tiene La Cra 6 A Norte, la cual es una vía Semi peatonal que carece de pavimento, además la vía en cuestión un talud vertical al comunicarse con la Calle 17 A Occidente, lo que impide la continuidad de la vía y de hecho la conservación de su perfil inicial, pues solo se podría conectar a manera peatonal en escalas.

• Por el lado de la Calle 17 A Occidente, se requiere de la construcción de andén.

3. Por medio de Oficio GV 514 Rad 2360 del 10 de diciembre de 2010 suscrito por la Secretaría de Obras Públicas, se da respuesta a la petición elevada 22 de noviembre de 2010 en los siguientes términos:

Ref: Su oficio radicado en este Despacho el día 22 de noviembre de 2010.

En atención al oficio de la referencia, me permito comunicarles que la construcción de pavimento en el sector de la Manzana 8 del barrio La Quinta, hace parte del inventario de necesidades viales de la ciudad que se atiende de acuerdo con los recursos con que se cuenta los cuales lamentablemente son muy limitados debiendo priorizar la inversión e ir ejecutado por partes. Anexo registro de visita técnica.

De acuerdo con el proyecto del presupuesto para la próxima vigencia, tampoco será posible la pavimentación solicitada toda vez que el rubro de mantenimiento y construcción de vías esta completamente desfinanciado.

4. Mediante formato de visita técnica nro. OP-OP-OP-FR07 del 15 de mayo de 2015 la Secretaría de Obras Públicas da respuesta a la solicitud nro. GED 12865-15 con radicado nro. 141, en los siguientes términos:

RECOMENDACIONES

Se recomienda incluir en el inventario de necesidades viales, la construcción de pavimento en el sector mencionado, para ser desarrollado de acuerdo a un orden de prioridades y a los recursos con que se cuente para próximas vigencias fiscales.

5. Mediante el Oficio SOPM- 1915-GUV -16 del 09 de agosto de 2016 de la Secretaria de Obras Públicas, se informa al actor:

En visita técnica realizada por parte de personal de la Secretaría de Obras Públicas a la manzana 8 calle 65 barrio La Linda, se pudo observar una vía que carece de zona dura para el tráfico vehicular. Por tal motivo se incluirá este sitio en el inventario de necesidades viales de la ciudad, el cual será atendido de acuerdo con un orden de prioridades y a los recursos con que se cuente, para futuras vigencias fiscales.

10. Mediante el Oficio SOPM-2214-UGT-VU-2022, del 07 de septiembre de 2022, se da respuesta a concepto técnico:

RESPUESTA A CONCEPTO TECNICO

A JUZGADO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES
RADICACIÓN:
DEMANDANTE: José Julián León Zuluaga
Fecha: Septiembre 07 de 2022
No. del informe SOPM-2214-UGT-VU-2022

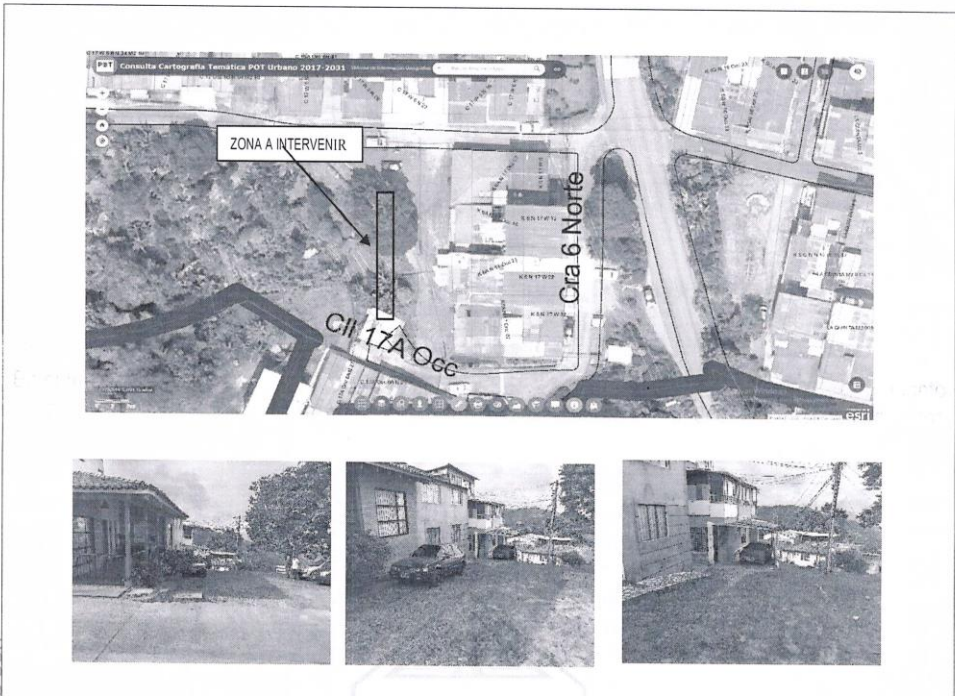
HECHOS: En atención al asunto de la referencia, le informamos que esta Secretaría ha realizado visita técnica en la carrera 6ª norte con calle 17 occidente barrio La Linda, para atender las diferentes solicitudes , de acuerdo a los siguientes HECHOS:

- 1. La manzana 8 (alrededor de toda la misma) particularmente con carrera 6ANorte, Calle 17ª Occidente del barrio La Linda, carece de pavimentación desde el momento de su construcción; así como no cuenta con sistemas de manejo de aguas lluvias u otras aguas superficiales.
- 2. Debido a lo anterior, es constante la infiltración de agua a las vivienda de la zona en épocas de lluvia, adicional a la proliferación de vectores que de igual manera ingresan a las viviendas.

La zona cuenta con imbornal y canales que permiten recoger las aguas de escorrentía y hacer una entrega efectiva de las mismas. No obstante, al momento de ejecutar las obras de mejoramiento de andenes se determinará la necesidad de construir nuevos sistemas para el manejo de aguas.



Respecto a la pavimentación de la zona verde que la comunidad utiliza como vía para ingresar los vehículos hasta un lugar cercano a sus viviendas, nos permitimos informarle que una vez revisado el POT-2017-2031 SIG, se observa que la misma no se encuentra incluida dentro del inventario de la red vial urbana de Manizales, y por dicha razón no es viable su intervención para tal fin. En la siguiente imagen encerramos mediante recuadro la zona objeto de intervención.



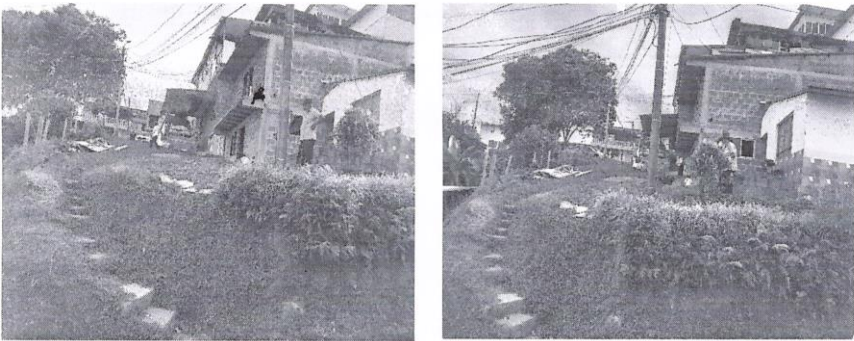
3. Desde el año 2010, hemos solicitado a la administración municipal la pavimentación a través de malla vial para el paso de vehículos, así como la construcción de los mencionados andenes en la zona.

En cuanto a los andenes, se actualizará dentro del inventario de necesidades viales el mejoramiento de los allí existentes para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades y los recursos con que se cuente para próximas vigencias fiscales.

4. Realizar las demás obras tipo escalera y andenes peatonales que sean requeridas, así como la estabilidad de los taludes del mencionado sector y que se ha mencionado en las respuestas emitidas por la autoridad municipal.

En la parte baja de la zona verde se puede observar una significativa diferencia de nivel entre esta y la vía correspondiente a la calle 17ª occidental donde la comunidad ha construido una escalas en forma artesanal para acceder a dicha calle.

Por esto, le comunicamos que la secretaria actualizará dentro del inventario de necesidades viales la construcción de unas escalas que tengan continuidad con los andenes. Todo esto para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades para próximas vigencias fiscales.



De acuerdo a lo anterior, no es posible realizar la construcción de una vía en dicho sector, toda vez que no se encuentra priorizada en el POT, como una vía urbana municipal. Así mismo, la construcción de andenes y peatonales tipo escaleras, serán incluídas en el inventario de necesidades viales, para desarrollarse en próximas vigencias.

Estando el proceso en segunda instancia se hizo necesario pedir una prueba de oficio para aclarar si la zona cuya pavimentación se solicita es zona verde o no, por lo que mediante oficio SH196-23 se informó:

Asunto: Respuesta requerimiento prueba de oficio

Procedemos a emitir respuesta a su requerimiento, del 31 de agosto de 2023, por medio del cual, decretó de oficio prueba documental así:

1. De conformidad con la escritura pública N° 1.113 del 05 de junio de 1990, por medio de la cual la Asociación de Vivienda Monseñor Gerardo Valencia Cano "ASOVIVIENDA" cedió este y otros predios al Municipio de Manizales y el plano protocolizado, de la Urbanización la Quinta, la cual se ubica en la manzana 8 particularmente con carrera 6° norte, calle 17 a occidente y la calle 65 del barrio la Linda, se encuentra en gran parte la zona verde 6 y en otra porción, en talud 2.

El municipio de Manizales sostiene que, efectivamente en el barrio la Linda de la municipalidad, existe la necesidad de construir unas escalas y unos andenes, por lo que deben ser incluidas en el inventario de necesidades viales del municipio, sin embargo, no se han realizado las obras ni se cuenta con una fecha próxima en la cual se realizaran.

De igual forma, se encuentra probado que, la zona que se solicita se pavimente en el sector objeto de la demanda se ubican en un sector T no puede ser intervenido, por ser zona verde.

Marco Normativo

En lo que respecta a la autoridad competente en la pavimentación de la vía objeto de la presente acción, se tiene:

La Constitución Política de 1991, establece:

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

El artículo 6° de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios señala:

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

[...]

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

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Política, es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

El espacio público viene definido en el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989 como:

“(…) el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de las necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, entre otros.

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

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

[...]

9. Dirigir y realizar la ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos

públicos, directamente por la entidad pública o por entidades mixtas o privadas, de conformidad con las leyes. (...).

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

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

6.4. En materia de transporte

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

[...]

Artículo 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.

El total de los recursos de la participación de propósito general asignado a los municipios de categorías Especial, 1ª, 2ª y 3ª; el 72% restante de los recursos de la participación de propósito general para los municipios de categoría 4ª, 5ª o 6ª; y el 100% de los recursos asignados de la participación de propósito general al departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en la presente ley.

Del total de dichos recursos, las entidades territoriales destinarán el 41% para el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en agua potable y saneamiento básico. Los recursos para el sector agua potable y saneamiento básico se destinarán a la financiación de inversiones en infraestructura, así como a cubrir los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

Conforme la normativa en cita, es claro que, competente a los municipios la construcción y manteniendo de vías urbanas y rurales que estén a su cargo, para lo cual disponen no solo de los recursos propios sino también de los provenientes del Sistema General de Participaciones u otros recursos.

De otro lado, y respecto de los Planes de ordenamiento territorial se tiene que la Constitución Política de Colombia de 1991 estableció las bases para la organización territorial (Título XI), para los planes de desarrollo, (Título XII, Capítulo 2), y dictó los criterios fundamentales para el desarrollo territorial, al asignarle a las entidades públicas dentro de los derechos colectivos y del medio ambiente, la función de regular los usos del suelo, y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

“ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

[...]

*“ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.
Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”*

[...]

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

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.”

El Acuerdo No 958 de 2017 por el cual se adopta la revisión ordinaria de contenidos a largo plazo del Plan de Ordenamiento Territorial en el Municipio de Manizales establece:

Subtítulo III-Clasificación del suelo:

Artículo 9. Clasificación del suelo. El territorio del municipio de Manizales se clasifica en suelo urbano, rural y de expansión urbana, este último se entenderá incorporado al perímetro urbano en los términos del artículo 2.2.4.1.7.2 del Decreto 1077 de 2015, o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

(...)

Artículo 10. Delimitación. El suelo urbano del municipio de Manizales, está delimitado en los Planos G-1 CLASIFICACIÓN DEL SUELO MUNICIPAL Y U-2 PERÍMETRO URBANO, así como en el

Anexo A-2 PUNTOS GEORREFERENCIADOS DE COORDENADAS que hace parte integral del presente Plan de Ordenamiento Territorial.

[...]

ARTÍCULO 57. DEFINICIÓN DEL SISTEMA DE MOVILIDAD. Es el conjunto integrado por infraestructura, equipamientos, proceso y acciones de regulación y operación que permiten el desplazamiento de personas y bienes en la zona urbana de expansión y rural del municipio, al igual que la conexión con la red de ciudades de la región y con el resto del país y el exterior.

Su finalidad es satisfacer las necesidades internas de viaje y de conexión con el entorno y con los flujos externos que en el marco de una estrategia de ordenamiento permiten la articulación funcional con los sistemas estructurantes, la consolidación urbano-regional y en general el aumento de la productividad del municipio.

Artículo 58. Componentes del sistema de movilidad. El sistema de movilidad está compuesto por los siguientes subsistemas:

- 1.Subsistema vial.*
- 2.Subsistema de transporte.*

[...]

ARTÍCULO 119. Los equipamientos se deberán concebir como un sistema estructurante del Modelo Territorial General del POT, articulado con los sistemas estructurantes del territorio, de tal manera que se cubran las áreas estratégicas del municipio, y se dé respuesta a las necesidades de los distintos grupos y sectores sociales que lo conforman a través de una mejor distribución y localización de los mismos en el territorio municipal, propendiendo así por el equilibrio e igualdad en el acceso a las oportunidades y servicios para la población, y favoreciendo la interacción de las organizaciones y las comunidades en función de la adecuada integración con la región.

ARTÍCULO 120 PLAN PARA LA ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE EQUIPAMENTOS URBANO. El Plan integral para la estructuración del sistema de equipamiento urbano, consiste en emprender acciones estratégicas para la conformación de un sistema de equipamientos integrado a la estructura urbana, acorde con las necesidades de la comunidad y que le permita a ésta apropiarse e identificarse con los espacios de convivencia social. Su contenido se desarrolla en el numeral 2.3.2.4 del Componente Urbano del documento técnico de soporte, que hace parte integral del presente Plan de Ordenamiento Territorial.

ARTÍCULO 121. SISTEMA DE MOVILIDAD URBANO. El sistema de movilidad urbano se concibe como un sistema estructurante del territorio municipal, que integra de manera jerarquizada e interdependiente los modos de transporte de personas, mascotas y bienes, la infraestructura vial, los estacionamientos y los espacios

públicos, facilitando la movilidad y accesibilidad al interior del suelo urbano. Garantiza la movilidad y conexión entre las centralidades y los tejidos residenciales que gravitan a su alrededor.

Así las cosas y teniendo como marco de referencia, los desarrollos jurisprudenciales señalados en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio.

Conforme al material probatorio en el cartulario, se tiene en un primer momento que, respecto de la zona cuya pavimentación se solicita, que en respuestas dadas del 2010 al 2016 al municipio había informado que estaba incluida en el inventario de necesidades del municipio, y que no se había podido realizar la obra por falta de presupuesto, siendo solo hasta el 2022 que se informó que no podía ser intervenida por estar clasificada como zona verde en el POT.

En este punto debe la Sala señalar que, pese a que el municipio incurre en una contradicción en cuanto al sector que reclama el actor no está pavimentado, toda vez que, en un principio se había informado que hacía parte del inventario de bienes del municipio a intervenir estando pendiente la realización de la obra por falta de presupuesto, siendo esta la respuesta reiterativa ante las peticiones realizadas por parte de la comunidad respecto de dicha obra, siendo solo hasta el 2022 que se negó la intervención alegando que se encuentra clasificada como zona verde no susceptible de intervención, lo cierto es que se trata de una zona verde que no puede ser pavimentada, por lo que no es procedente acceder a la pretensión del actor tendiente a que se intervenga dicha zona.

Ahora bien, respecto de la aseveración del municipio que el plazo otorgado en primera instancia para la realización de las obras, de ocho (08) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, resulta insuficiente, encuentra esta Sala que el ente municipal no allega ningún sustento que apoye sus alegaciones, de suerte que al estar ya identificadas las obras que se requieren, esto es la construcción de escalas y andenes, y al estar incluidas en el inventario de necesidades viales del municipio como bien se expresa el municipio en varios oficios, el plazo otorgado resulta más que razonable para la ejecución de las obras. De igual forma el plazo otorgado para la realización del estudio técnico para determinar la necesidad de construir nuevos sistemas para el manejo de aguas lluvias, y el manejo que se le ha dado a los taludes, resulta sensato. Sin embargo, dicho plazo solo empezará a correr una vez finalice la ley de garantías, en virtud de que la contratación está suspendida durante el periodo electoral, esto es empezará a contar el 01 de noviembre de 2023.

Por lo anterior, considera la Sala el ordinal cuarto de la sentencia emitida en primera instancia amerita ser modificada en cuanto a la fecha en que empezará a correr el plazo otorgado al municipio de Manizales para la ejecución de las obras ordenadas.

COSTAS: Teniendo en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 6 de agosto de 2019¹ se condena en costas en esta instancia por no existir actuación alguna de las partes que justifiquen su reconocimiento.

Es por lo expuesto que la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la **República de Colombia** y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO a la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito el trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023) dentro de la demanda que en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos interpuso **JOSÉ JULIAN LEÓN ZULUAGA** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, el cual quedará así:

CUARTO. - En consecuencia, ORDENAR al Municipio de Manizales a la construcción de escalas y andenes en el término de 8 meses contados a partir DEL 01 DE NOVIEMBRE DE 2023, tiempo durante el cual determinará mediante un estudio técnico que será presentado al Despacho en el término de 4 meses la necesidad de construir nuevos sistemas para el manejo de aguas lluvias, y señalara el manejo que se le ha dado a los taludes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito el trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023) dentro de la demanda que en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos interpuso **JOSÉ JULIAN LEÓN ZULUAGA** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

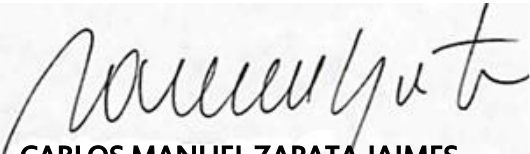
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera ponente Rocío Araújo Oñate, providencia de 6 de agosto de 2019, expediente núm. 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

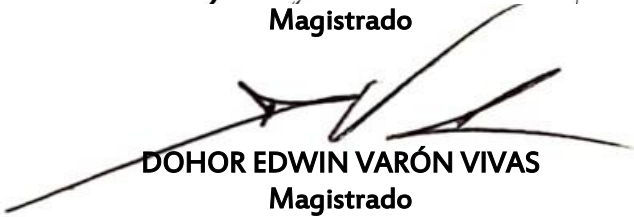
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 12 de octubre de 2023, conforme acta nro. 064 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 183 del 17 de octubre de 2023.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Liliana Eugenia García Maya

Conjuez Ponente

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, anticipada por cumplir los requisitos contemplados en los literales a) y b) del artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 y después de haberse surtido con éxito todas las etapas procesales previas y pasar a despacho el pasado 8 de junio de 2023 por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que responde al radicado n° **17001233300020180012600** en el que es demandante el señor **DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** con ponencia de esta Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y el **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% del salario básico, además su carácter de factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima reclamada, también por todo el periodo en que se desempeñó como Juez de la República.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Definidas inicialmente en el auto 035 de 27 de abril de 2021, a su vez, corregido y adicionado, por los autos 033 de 31 de marzo de 2022 y 187 de 11 de abril de 2023.

Declaraciones:

1. **Declarar la nulidad de la resolución DESAJMAR17-424 de 8 de mayo de 2017.**
2. **Declarar la ocurrencia del silencio administrativo negativo.**
3. **Declarar la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo.**
4. **Condenar a la demandada a reliquidar la remuneración mensual del Dr. Danilo Arturo Cañaveral Aristizábal, conforme el ordenamiento jurídico (Constitución Nacional y Ley 4ª de 1992), percibida desde el 1 de enero de 1993 y hasta el hasta el 28 de febrero de 2001 y pagar la diferencia, causada por el pago de su salario en un 70% y no el 100% como lo dispone la ley.**
5. **Ordenar a la demandada reliquidar al causante el del Dr. Danilo Arturo Cañaveral Aristizábal, la prima especial mensual conforme el ordenamiento jurídico (Constitución Nacional y Ley 4ª de 1992), cancelada desde el 1 de enero de 1993 y hasta el hasta el 28 de febrero de 2001, que fue mal liquidada sobre el 70% de su salario básico y no de su 100% como debió hacerse.**
6. **Ordenar a la demandada reconocer la prima especial de servicios como factor salarial y, en consecuencia; reliquidar las cesantías y sus intereses acumuladas a 31 de diciembre de 1992 por haberse acogido el Dr. Danilo Arturo Cañaveral Aristizábal, a los regímenes laborales contemplados en los decretos 57 y 110 de 1993.**
7. **Ordenar se reliquide las cesantías e intereses a las mismas acumuladas a 31 de diciembre de 1992, por haberse acogido el Dr. Cañaveral Aristizábal al nuevo régimen salarial y prestacional consagrado en los Decretos 57 y 110 de 1993, derechos que le fueron reconocidos en la resolución Nro. 1244 de 1993 de la Direccion Seccional de Administración Judicial de Caldas. Los nombrados decretos señalan que las cesantías causadas a esa fecha, se liquidarán con base en la nueva remuneración (vigencia fiscal de 1993).**
8. **Ordenar se reliquide las cesantías e intereses a las mismas, causadas y pagadas correspondientes a los años, desde 1993 hasta 2001, inclusive, considerando para el efecto la reliquidación mensual y la reliquidación de la prima especial, que también es factor salarial.**

9. **Ordenar** se reliquide las vacaciones, primas de vacaciones, primas de navidad, primas de nivelación, primas de servicios, bonificaciones por descongestión, bonificaciones por servicios y demás prestaciones sociales, teniendo en cuenta la reliquidación de la remuneración mensual y la reliquidación de la prima especial, que también es factor salarial, desde el 1 de enero de 1993 hasta el 28 de febrero de 2001. Incluyéndose, además, los pagos laborales que le fueron realizados en los meses de abril, julio y diciembre de 2001.
10. **Ordenar** pagar las diferencias laborales que resulten a favor del demandante, desde el 1 de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2001, por concepto de: remuneración mensual; prima especial mensual; cesantías e intereses a las mismas acumuladas a diciembre 31 de 1992; cesantías e intereses a las mismas, causadas y pagadas durante los años 1993 hasta 2001, inclusive; vacaciones, primas de vacaciones, primas de navidad, primas de nivelación, primas de servicios, bonificaciones por descongestión, bonificaciones por servicios y demás prestaciones sociales.
11. **Ordenar** a la demandada que las sumas reconocidas en las anteriores liquidaciones sean indexadas de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.
12. **Ordenar** a la demandada reconocer y realizar el pago de los intereses a la demandante en caso de no hacer el pago oportuno, como lo ordena el artículo 192 del CPACA.
13. **Condenar** a la demandada a pagar las cosas y agencias en derecho que se llegasen a causar a la luz del artículo 188 del CPACA.

4. HECHOS

El Dr. **DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** laboró al servicio de la Rama Judicial-Seccional Caldas, el cargo de Juez de la Republica desde el **1 de octubre de 1987** y hasta el **28 de febrero de 2001**.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

A través de petición presentada el **17 de abril de 2017**, instauró derecho de petición ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Seccional Manizales, Caldas, en la que solicitó - a grandes rasgos- la reliquidación de todas las prestaciones y factores salariales incluyendo el 30% de la denominada prima especial de servicios; petición que fuera negada por medio de la **resolución DESAJMAR17-424 de 8 de mayo de 2017** “por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”. Acto administrativo que fue atacado a través del recurso de apelación, el cual no fue

resuelto, superando el termino exigido por el artículo 83 del CPACA -4 meses- lo que dio pie para la ocurrencia del ***silencio administrativo negativo*** y; en consecuencia, la configuración del ***acto administrativo ficto presunto negativo***, permitiéndole a la demandante continuar con la etapa siguiente.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **9 de octubre de 2017**, el demandante por intermedio de su apoderado presentó ante la Procuraduría General de la Nación ***solicitud de conciliación***. Sin embargo; pasaron 3 meses sin que fuera posible la realización de la diligencia de conciliación, razón por la cual la Procuraduría Regional de Caldas, devolvió los anexos de la solicitud en los términos de la Ley 640 de 2001, en concordancia con lo establecido en el Decreto 1069 de 2015; dando por agotada este requisito y dejando la puerta abierta para acudir ante esta jurisdicción, en uso de este medio de control.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, las siguientes;

- 7.1. **Normas Constitucionales:** preámbulo, artículos 53 y 150, numeral 19, literal e).
- 7.2. **Normas de carácter nacional:** artículos 2 y 14 de la Ley 4ª de 1992 y artículos 2 y 12 del Decreto 57 de 1993 y 2 del Decreto 110 de 1993.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al liquidar las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de su salio básico mensual.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El 19 de febrero de 2020 la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** (fls. 212-228). Aceptó como ciertos los hechos relativos a los hechos relacionados con el cargo ocupado por la Dra. Denis Rincón Grajales, a la reclamación administrativa y al agotamiento de la conciliación ante la Procuraduría General de la Nación y solicitó que se pruebe, los demás. Como razones esbozó que son interpretaciones de ley e interpretaciones de jurisprudencia relacionada. Agregó además, que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjuces, Sección Segunda¹, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1996 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial, lo que indica que los decretos emitidos por el Gobierno Nacional a partir del año 2008, aún gozan de presunción de legalidad, motivo que da lugar a la negación de las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior y frente al fallo judicial citado, en la que sus efectos vinculantes, son susceptibles de reconocimiento y pago, los cuales deben ser cancelados previa asignación de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que se agrava, si se tiene en cuenta las experiencias pasadas, en las que la Rama Judicial a través del Director Ejecutivo de Administración Judicial-Nivel Central en asocio con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, calculó el presupuesto de la Rama Judicial para la vigencia siguiente, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emita respuesta favorable a los intereses de la demandada, conforme la respuesta emitida en el oficio de 30 de diciembre de 2014, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional; en el cual, en resumen, exige la constitución de un título legítimo de gasto, por no ser un crédito judicialmente reconocido, sino que la situación judicial que sea analiza trata de una sentencia de simple nulidad, las cuales no son títulos constitutivos de gasto, en razón a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos particulares que nazca en uno general anulado.

Así las cosas, el reconocimiento y pago que predica el demandante solo es posible en virtud de un fallo judicial, pues como ya se dijo es la única manera de crear un título constitutivo de gasto y no la sentencia de simple nulidad, que no genera efectos a nivel personal, por lo que su aplicación a las pretensiones de la demandante, se hace imposible. Ahora bien, la aplicación retroactiva de los intereses de la demandante, sin contar con una sentencia judicial ejecutoriada que lo ordene, acaecería en sanciones del orden disciplinario y penal para la entidad que representa, conforme lo dispone el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.

¹ Radicado n° 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz.

En conclusión a pesar de la existencia de una sentencia emitida por el Consejo de Estado desde el año 2014, que anuló los decretos salariales comprendidos entre los años 1997 a 2007, dejó por fuera los decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional en los años posteriores al 2008 y dado que se trata de un medio de control de simple nulidad, sus efectos vinculantes son del orden general, por lo que es imposible aplicarlos al caso particular, en consecuencia; las decisiones tomadas por la demandada frente a la demandante, se han ajustado a derecho y por ende, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Radicada la demanda el 2 de abril de 2018 en la Oficina Judicial y superados los trámites que suscitaron el impedimento de la Sala Plena de esta Corporación, se admitió la demanda el 25 de octubre de 2019, surtida su notificación el 6 de noviembre de 2019, fue contestada el 19 de febrero de 2020 cumpliendo con las exigencias legales², se suspendieron los términos por la declaración del Gobierno Nacional de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020*, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020*, *PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020*, *PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020* y *PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020*, en la cual se suspendieron los términos entre marzo y 30 de junio de 2020.

Reactivados los términos a partir del 1 de julio de 2020, se corrió traslado a las excepciones el 5 de octubre de esa misma anualidad, el demandante se pronunció al respecto; se dio inicio a la audiencia inicial pero fue suspendida para resolver impedimento presentado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, el cual fue aceptado, por auto 006 de 22 de enero de 2021, se prescindió de la audiencia inicial, se resolvieron sendas peticiones de corrección y adición; y se aplicó la sentencia anticipada a la luz del artículo 182A Literales a y d del CPACA, dando paso al traslado de alegatos.

La oportunidad para alegar fue aprovechada por ambas partes, y el 8 de junio de 2023, paso el expediente a despacho para emitir sentencia.

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Acta de reparto³, poder del demandante **DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** para el abogado **Dr. CARLOS HERNAN AMARILES BOTERO**, escrito de la demanda, documentos y pruebas que acompañaron la

² Días de paro nacional (21 y 27 de noviembre y 4 de diciembre de 2019) Día de la Rama Judicial (17 de diciembre de 2019). Fin del término de traslado de la demanda (25 de febrero de 2020). Contestación de la demanda (19 de febrero de 2020).

³ Radicada el 2 de abril de 2018.

demanda, contestación de la demanda, poder otorgado por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial al abogado Julian Augusto González Jaramillo, reclamación administrativa -01Cuaderno1(fl. 1-228)-, pronunciamiento frente a las excepciones -04PronunciamientoExcepciones-, y escritos de alegatos parte demandada -14AlegatosDemandada, 20AlegatosDemandada, 23AlegatosDemandada- y de la parte demandante -16AlegatosDemandante, 25AlegatosDemandante-.

11. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

- **En el escrito de la demanda.** -01Cuaderno1(fl. 1-228)-

Resolución DESAJMAR17-424 de 8 de mayo de 2017 “por medio de la cual se resolvió una petición” y su constancia de notificación⁴, resolución 1195 de 9 de octubre de 2017 “por medio de la cual se devuelven los anexos de una solicitud de conciliación”, solicitud de conciliación⁵, derecho de petición⁶, recurso de apelación⁷, resolución DESAJMAR17-579 de 14 de junio de 2017 “por medio de la cual se concede un recurso de apelación” y su constancia de notificación⁸, jurisprudencias varias, oficio DESAJMAO17-1141 de 17 de abril de 2017, certificación laboral n° 562 de 17 de abril de 2017, certificación laboral de 9 de octubre de 2017 y emitida por el Tribunal Superior de Manizales, oficio DESAJMAO17-1142 de 17 de abril de 2017, actos administrativos que reconocen, liquidan y ordenan el pago de auxilios de cesantías entre los años 1993 y 2001.

- **Anexos al pronunciamiento frente a excepciones:**

Jurisprudencias -04PronunciamientoExcepciones-

- **Anexos al escrito de alegatos de conclusión:**

Jurisprudencias (16AlegatosDemandante, 25AlegatosDemandante).

b. Demandada.

- **En el escrito de respuesta de la demanda:**

Reclamación administrativa -01Cuaderno1(fl. 1-228)-

12. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

⁴ Notificada el 11 de mayo de 2017.

⁵ Radicada el 9 de octubre de 2017.

⁶ Radicado el 17 de abril de 2017.

⁷ Radicado el 24 de mayo de 2017.

⁸ Notificada el 28 de junio de 2017.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 5 de octubre de 2020, respecto de las excepciones. *i). integración de litis consorcio necesario, ii). ausencia de causa petendi, iii) Prescripción trienal laboral e; iv). Innominada.*

13. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

El demandante por medio de su apoderado, se pronuncio al respecto de las excepciones mediante nutrido escrito que presentó el 7 de octubre de 2020 (07PronunciamientoExcep) y lo acompaño con varias providencias entre sentencias, autos y fichas descriptivas -04PronunciamientoExcepciones-.

Al respecto de la excepción *integración del litis consorcio necesario* dice que contrario a lo que asegura la demandada, no se cumplen los presupuestos normativos contemplados en el artículo 61 del C.G.P., toda vez que los actos acusados fueron la resolución DESAJMAR17-424 de 8 de mayo de 2017 “*por medio de la cual se negó una petición*” y el acto administrativo ficto presunto negativo, derivado de la renuencia para resolver el recurso de apelación impetrado en contra de la resolución mencionada, dentro de los cuales, no hubo participación de la Presidencia de la Republica, ni del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ni tampoco del Departamento Administrativo de la Función Pública. Citó el auto 042 de 6 de junio de 2019 emitido por el Tribunal Administrativo de Caldas, el cual negó la integración de la litis, entre otros por el argumento expuesto anteriormente por la demandante.

Frente a la excepción de *prescripción trienal laboral* solicitada por la parte demandada frente a los derechos laborales de demandante, citó la sentencia de nulidad del 29 de abril de 2014 proferida por sección Segunda de la Sala de Conjuces de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, identificada con radicado 11001032500020070008700(1686-07) la cual cobro ejecutoria el 22 de julio de 2014 y a partir de la cual nace el derecho a la exigibilidad del derecho a reclamar la reliquidación de las acreencias laborales respecto de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 “*...hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral...*”.

Así las cosas, dice que la reclamación administrativa inicio el 17 de abril de 2017 y la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa fue presentada el 18 de abril de 2018, por lo que a su juicio y en respeto de la jurisprudencia antes citada, el fenómeno prescriptivo no ha operado.

De igual manera y en aplicación armónica de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y del inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil y especialmente de la hermenéutica del Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo; cuando los derechos se hacen exigibles en razón a un fallo de nulidad simple proferido por la misma Corporación, precisando el momento a partir del cual inicia el

conteo, que fue lo que sucedió con la sentencia antes anunciada y que respeta la tesis que frente a estos fallos viene sosteniendo el Consejo de Estado desde el año 2002.

Agregó el análisis de las siguientes providencias emitidas por Consejo de Estado y por la Sala de Consulta del Servicio Civil de esta Corporación, las cuales para la Sala resulta importante citar, atendiendo que una de las tesis más fuertes que respaldan la objeción a esta excepción, radica en el desconocimiento del ente superior, a una supuesta línea jurisprudencial que plantea el manejo del fenómeno prescriptivo en el tema de la demanda;

- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Juan Ángel Palacio Hincapié. Bogotá DC, 10 de diciembre de 2002, expediente 11001031500020010029901(S-100), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM. (y Ficha n° 13).
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 110010315000200100029101(S-092), Medio de control: nulidad, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 1100103150002002003201 (S-144), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del artículo 13 de la CP. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 11001031500020000882101 (S-821), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001022301 (S-043), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001029801 (S-099), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.

- ✓ Sentencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sección segunda, radicado 11001232500020050515901(0230-08) demandadas: Fiscalía General de la Nación. Tema: prima especial de servicios (art. 14 de la Ley 4ª de 1992). (y Ficha n° 76).
- ✓ Sentencia de 22 de febrero de 2016. Sección Segunda, Consejera de Estado: Carmen Anaya de Castellanos. Radicado 73001233100020110062202(3193-13). Demandada: Nación-DEAJ-Rama Judicial. Tema: prima de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, expediente 05001233100020030122001(0239-2014), sentencia de 2º instancia de 21 de abril de 2016, Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Fiscalía General de la Nación. Tema: prima especial de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Jorge Iván Acuña Arrieta, expediente 25000232500020100024602(0845-2015), sentencia de unificación, Bogotá DC 18 de mayo de 2016, Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial. Tema: controversias existentes respecto a la aplicación del Decreto 610 de 1998, del artículo 15 de la Ley 4 de 1992 y la negación de la prescripción trienal, en los casos de reajuste salarial y pensional de conformidad con el Decreto 610 de 1998.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expedientes acumulados 11001032800020160002400 y 11001032800020160002500, sentencia de única instancia de 23 de mayo de 2017, Medio de control: nulidad electoral, contra Guido Echeverri Piedrahita. Tema: Nulidad de la elección para gobernador del departamento de Caldas.
- ✓ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 52001233300020180004001, resuelve apelación auto, de 2 de mayo de 2019, Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: reliquidación de la prima de actualización. Contra Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Con base en toda la jurisprudencia citada, la demandante apela al principio del “precedente judicial” y trae a colación la definición planteada por el Consejo de Estado; “...aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”, agrega que esta definición apareja un carácter vinculante para los operadores jurídicos a respetar su aplicación en iguales términos. Habla de la fuerza de los términos *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, de los cuales solo el primero, dice, tiene fuerza vinculante; “Así, mientras el carácter vinculante de las sentencias, en lo que tiene que ver con el *decisum*, se comprende desde la óptica de la modulación de sus efectos; en lo que atañe a la *ratio decidendi*, se cristaliza en la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial. Ello se explica en que, según el dicho de la Corte -la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón genera que constituyen al base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”

Conforme lo anterior la parte demandante concluye con el siguiente interrogante; *¿La Sala Plena de Conjueces de la Sección Segunda en una sentencia de unificación y los Tribunales Administrativos en sus fallos pueden desconocer la interpretación que viene realizando desde diciembre de 2002 la **Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado** del artículo 2535, inciso segundo, del Código Civil, en **sentencias de unificación con fines de extensión**, por ejemplo al decidir sobre el recurso extraordinario de súplica?* (negritas originales de texto, cursiva del Despacho).

Finalmente, y frente a la excepción de **ausencia de causa petendi** y respecto del argumento de la demanda para alegarlo, esta dice *“los efectos de las sentencias de nulidad del H. Consejo de Estado, y que han dado origen a este sin numero de demandas, rigen hacia el futuro o ex nuc, con el objeto de generar certeza y seguridad jurídica dentro del sistema normativo, toda vez que la sentencia con efectos erga omnes, sólo tiene consecuencias posteriores, restableciendo el derecho hacia futuro, pues no es posible producir efectos retroactivos ya que no es de carácter particular y así dar estricto cumplimiento a las disposiciones vigentes que regulan la materia objeto de controversia...”*.

Dice la demandante que precisamente lo que apunta la demandada es la base de los argumentos que sustentan su petición toda vez que se afianza en la sentencia de nulidad del 29 de abril de 2014, que anulo los decretos salariales, desvirtuando su presunción de legalidad con efectos retroactivos, es decir ex tunc, como si nunca hubieran existido, por lo que es prohibido aplicar estos preceptos al demandante en consideración a la prima que se reclama porque fueron retirados del ordenamiento jurídico como bien lo apunto el Consejo de Estado al decir; *“...situación deber ser retrotraída al estado inicial, como si nunca hubiera existido la norma, conforme a los efectos ex tunc propios de las nulidades. En esa medida los decretos declarados nulos no pueden ser aplicados...”*.

Por lo antes expuesto la demandante solicitó se declaren no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

14. SUSPENSION DE LOS TERMINOS

Por medio de los *acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020* el Consejo Superior de la Judicatura, y ordenó la suspensión de los términos procesales para la jurisdicción ordinaria, al igual que la contenciosa administrativa, dejando vigente las acciones de tutela y los habeas corpus, acogiendo el *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* emitido por el Gobierno Nacional, que declaró la situación de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por la amenaza del COVID-19.

15. ALEGACIONES FINALES

Alegatos parte demandada.⁹

Como nuevo apelo al ultimo pronunciamiento que el Consejo de Estado unificó¹⁰ frente al tema de la prima especial de servicios, para lo cual concluyó que solo es factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y se aplica la prescripción trienal laboral, aplicando con plenitud el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 es decir contados tres (3) años atrás, desde la fecha en que se hayan hecho exigibles los derechos y cita un aparte de esta sentencia “*Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso, la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969*”.

Solicita se declaren probadas las excepciones y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

Alegatos parte demandante.¹¹

Hablo sobre los hechos que no existen duda en el proceso, y se refirió a los alegatos presentados por la parte demandada, especialmente en lo que se trata con el fenómeno de la prescripción trienal laboral, y como nuevo apuntó que el Consejo de Estado en “**Sentencia de Unificación Jurisprudencial de 4 de agosto de 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación Número 25000-23-25-000-2005-05159-01, Expediente No. 0230-08, donde figuran como actor Rosmira Villescas Sánchez y demandado la Fiscalía General de la Nación, estableció la regla de unificación jurisprudencial para el conteo de la prescripción que se debe aplicar en el presente caso, la cual se encuentra vigente porque en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial – SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 de la misma Sección – Sala Plena de Conjueces-, Ponente Dra. Carmen Anaya de Castellanos, para apartarse de ese fallo de igual jerarquía y desconocer la regla mencionada, no cumplió con la carga argumentativa exigida, no demostró porque éste no resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el nuevo asunto**”, tesis que fuera acogida en varias decisiones emitidas en medios de control como este, por los años siguientes.

Allegó con el escrito de alegatos las siguientes sentencias del Consejo de Estado;

- ✓ Sentencia del 9 de marzo de 2006, Sección Segunda, Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado 11001032500020030005701(121-03), demandada

⁹ 14AlegatosDemandada, 20AlegatosDemandada, 23AlegatosDemandada.

¹⁰ Sentencia SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019.

¹¹ 16AlegatosDemandante, 25AlegatosDemandante.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Tema: Falta de legitimación por activa y prima especial de servicios (art. 14 de la Ley 4ª de 1992).

- ✓ *Sentencia de 24 de agosto de 2011, Consejero Ponente: Ernesto Forero Vargas, sección segunda, radicado 11001032500020030042101(5572-2003) demandadas: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del interior y de Justicia y Departamento Administrativo de la Función Pública. Tema: prima especial de servicios (art. 14 de la Ley 4ª de 1992).*
- ✓ *Sentencia de 30 de noviembre de 2017. Sección Segunda, Subsección B. Consejero de Estado: Carmelo Perdomo Cueter. Radicado 2500234200210120092101(2438-2014). Demandada: Ministerio de Relaciones Exteriores. Tema: reliquidación de cesantías de funcionaria que prestó sus servicios en el exterior.*

También reitero sus argumentos al respecto de la legalidad de la prima especial de servicios y del derecho de los funcionarios -jueces de la república- a reclamarla y a reclamar la reliquidación no solo de sus salarios, sino además de sus prestaciones sociales, al tener esta el carácter de factor salarial, pero sin aportar nada nuevo a lo antes dicho.

16. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjueces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 20 de septiembre de 2018 que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y 2). A este Conjuez por sorteo de conjueces realizado el pasado 26 de julio de 2019.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala repasa las actuaciones hasta este momento superadas y no encuentra circunstancias que puedan viciar o anular las actuaciones hasta ahora surtidas.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

a). *¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?*

b). *¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?*

c). *¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?*

d. Cuestión primaria

d.1. Excepciones.

Fueron propuestas por la demandada las excepciones de **(i) integración de litis consorcio necesario**, **(ii). Prescripción**, **(iii). Ausencia de causa petendi** e **(iv). Innominada**, de ahí que sea necesario resolverlas, antes de entrar a resolver de fondo en esta sentencia.

(i). integración de litis consorcio necesario.

Pretende la demanda que se llame a responder en esta causa a las entidades de orden nacional **PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA.**

Argumenta su solicitud en el numeral 19, literales e) y f) del artículo 150 de la C.N., **“...le corresponde al Congreso de la Republica fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales...”**, y la Ley 4ª de 1992 **“Mediante la cual autoriza al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre estos los de la Rama Judicial...”**, en consecuencia asegura que la potestad de fijar los emolumentos correspondientes a las prestaciones sociales y salariales de los servidores públicos, radica única y exclusivamente en cabeza del Gobierno Nacional, sin que la entidad que representa, tome parte funcional en este proceso, pues solo se limita a dar cumplimiento de los actos administrativos que de la materia, expide el Gobierno Nacional; de ahí que año por año, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura, se limite a cumplir los decretos salariales emitidos por la máxima entidad estatal, razón por la cual, se hace necesario que la Presidencia de la República, participe en la defensa de este medio de control. Por otro lado, dice que las **“...apropiaciones presupuestales para el pago de las acreencias laborales por nomina se realizan teniendo en cuenta los Decretos del Gobierno Nacional que regulan la forma de liquidación y cuantía de cada una de tales acreencias, por lo que de accederse a las pretensiones implicaría un mayor valor en la asignación del demandante y de los demás funcionarios que reclaman pretensiones similares, haciéndose necesario que el Ministerio de Hacienda atienda el pago asignando los recursos de presupuesto que requiere la Rama Judicial, pues aunque se ha solicitado a tal Ministerio reiteradamente los recursos presupuestales para tales efectos, hasta la fecha no han sido dispuestos y apropiados.”**

Corolario de lo anterior, la Sala no ve la relación jurídico sustancial, entre los actos atacados y las entidades de las que se pide ser llamadas como demandadas en este medio de control a través de la figura del litisconsorcio necesario, toda vez que en uso de la reclamación administrativa, solo participó la entidad demandada, a nivel seccional y luego nacional, es decir, que ninguna de las entidades llamadas, participaron en la producción de los actos administrativos atacados, tampoco hicieron parte de la solución del derecho de petición que fue resuelto por la Dirección

Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de la Rama Judicial con la resolución DESAJMAR17-449 de 11 de mayo de 2017 y menos del acto administrativo ficto presunto negativo, como bien lo dispone el Consejo de Estado, en desarrollo de un caso en el cual también solicitaron integración del litisconsorcio necesario;

“...Como lo pretendido a través del presente medio de control es la reliquidación de la pensión reconocida por el SENA al señor Jesús Antonio Espinosa Urbina, es esa la entidad que efectuó el reconocimiento y que además se encuentra obligada a pagar la prestación, aunado que la administradora que se solicita sea vinculada como litisconsorte necesario, no intervino en la producción del acto administrativo del cual se solicita su nulidad.” (Subrayas propias de este Despacho).

Por otro lado, los decretos laborales de que habla la parte demandada en la solicitud y que pretende sean la base de su argumento para lograr la vinculación, al menos de la Presidencia de la República, no son los actos administrativos atacados en la demanda, de igual manera, tampoco fueron aportados por ninguna de las partes, en consecuencia no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, así lo dijo el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento;

“...es claro que, desde el punto de vista sistemático, resulta más acorde con una intervención judicial excepcional del Presidente de la República, entender que el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 debe atemperarse a los mandatos del artículo 115 Superior, el cual señala que, por regla general, ningún acto del Presidente de la República tendrá efectos jurídicos sin la firma de los miembros que integran el Gobierno Nacional para cada asunto.

Así, la intervención del ministro o el jefe del departamento administrativo respectivo es la que da lugar a la existencia del acto jurídico del Gobierno Nacional, hasta el punto que el pluricitado artículo 115 Superior señala que una vez lo suscriban serán estos últimos los responsables. De esa forma, se comprende por qué el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 circunscribe la representación de la Nación en cabeza del Presidente de la República a casos puntuales y excepcionales”. (Subrayas propias del Despacho).

De igual manera, respecto del *Departamento Administrativo de la Función Pública*, la demandada no presenta ninguna justificación para ordenar su vinculación; ahora bien, el Despacho del estudio de su objeto y de sus funciones, no ve la relación jurídico sustancial que se exige para ordenar la integración a la demanda por esta vía. En el portal web¹² que el *Departamento Administrativo de la Función Pública* tiene previsto, se define su objeto como:

“...es una entidad técnica, estratégica y transversal del Gobierno Nacional que contribuye al bienestar de los colombianos mediante el mejoramiento continuo de la gestión de los servidores públicos y las instituciones en todo el territorio nacional.”

Y define sus funciones;

“...además de las señaladas en las Leyes 489 de 1998, 872 de 2003, 909 de 2004, 962 de 2005, 1474 de 2011,-1712 de 2014, y 1757 de 2015, el Decreto Ley 019 de 2012 y el Decreto 430 de 2016, entre otras, las siguientes:

- Formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.
- Diseñar y ejecutar programas, planes y proyectos, instrumentos técnicos y jurídicos para la implementación y seguimiento de las políticas a su cargo.
- Diseñar y gestionar los diferentes sistemas de información que permitan el seguimiento, análisis y evaluación del empleo público, del desempeño de la administración pública y la toma de decisiones para una mejor prestación del servicio público.
- Adoptar herramientas para el seguimiento, monitoreo y evaluación a la ejecución de las políticas, planes y proyectos de competencia del Sector Función Pública, en coordinación con las entidades responsables en la materia.
- Adoptar y divulgar modelos y herramientas que permitan evaluar el desempeño de las entidades en las materias de su competencia, en términos de productividad, calidad, confianza ciudadana en el Estado y satisfacción social en la prestación de los servicios a cargo de los organismos y las entidades.
- Asesorar, acompañar y capacitar a las entidades del Estado para facilitar el cumplimiento de las políticas y disposiciones sobre la gestión del talento humano, la organización y el funcionamiento de la administración pública.
- Impartir lineamientos a las entidades del Estado orientados al cumplimiento de los principios constitucionales de la función administrativa.
- Estimular y promover, en coordinación con el Ministerio del Trabajo, el desarrollo de una cultura en las relaciones laborales que propicien el diálogo, la conciliación y la celebración de los acuerdos que consoliden el desarrollo social y económico, el incremento de la productividad, la solución directa de los conflictos individuales y colectivos de trabajo y la concertación de las políticas salariales y laborales en el Sector Público.
- Orientar y coordinar la formulación y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos a cargo de las entidades adscritas y vinculadas al Departamento.
- Articular, orientar y coordinar la intervención del Sector Función Pública para el fortalecimiento institucional y de capacidades de los organismos y entidades del orden nacional y territorial y sus servidores.

- *Orientar y coordinar la intervención de la Escuela Superior de la Administración Pública -ESAP en la inducción, la reinducción, la formación y la capacitación del talento humano al servicio del Estado.*
- *Constatar y asegurar, en ejercicio del control administrativo, que la Escuela Superior de la Administración Pública -ESAP cumpla con las actividades y funciones de formación, capacitación, investigación, consultoría y asesoría en el marco de las políticas, programas y proyectos del Sector.*
- *Desarrollar estudios e investigaciones, en coordinación con la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP, en los temas de competencia del Sector Función Pública para facilitar la formulación y evaluación de las políticas, planes, programas y proyectos.*
- *Apoyar a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC en el desempeño de sus funciones, cuando lo requiera.*
- *Las demás que le señale la ley.*

En consecuencia esta Sala de Conjuces del Tribunal, considera que no existe esa relación jurídico sustancial entre el tema que se debate; *resumido en el reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, por cuenta de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y en consecuencia, anular las resoluciones que resolvieron la reclamación administrativa, como requisito sine qua non, para acudir a esta jurisdicción y las funciones del Departamento Administrativo de la Función Pública, al paso que considera que no hay relación para afirmar que de haber una sentencia contraria a las pretensiones de la demandada, no sea posible su cumplimiento sin la intervención de esta entidad.*

(ii). Prescripción extintiva del derecho.

Al respecto la demanda citó lo que de la prescripción anuncia el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 *“Las pretensiones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en **tres años** contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo un lapso igual”* (cursiva, subrayas y negrilla original del texto). Agregó, que se le debe aplicar la prescripción a las sumas reclamadas por la parte demandante, pues se trata de valores causados sucesivamente, que, debido a la inactividad de la demandante, las ha perdido. En la etapa de alegatos, la parte demandada complementa esta petición al decir que sobre el tema específico de la prescripción en desarrollo de la reclamación de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, la Sala de Conjuces del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda emitió sentencia de Unificación **–SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019**, dijo que se debía aplicar conforme lo dispone el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 es decir, están por fuera de la prescripción, los tres (3) años, antes, y nada más, contados desde la fecha en que se reclamó el derecho.

A su turno el demandante se opuso a esta excepción pues considera aplicable el precedente judicial y el efecto vinculante obligatorio que este tiene sobre las decisiones de los operadores jurídicos, bajo la premisa de “*a situación igual, solución igual*”, sumado a que la línea jurisprudencial marcada por el Consejo de Estado frente al tema de la prescripción extintiva del derecho, especialmente lo contemplado en la sentencia de nulidad de 29 de abril de 2014, proferida por el Consejo de Estado, MP. María Carolina Rodríguez Ruiz, expediente 11001032500020070008700(1686-07), la cual tomó ejecutoria el 22 de julio de 2014, fecha a partir de la cual se debe contar el termino de prescripción, pues aquí nació la exigibilidad del derecho a reclamar la reliquidación de las acreencias laborales respecto de la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Agregó que el demandante hizo la petición con la que inicio la reclamación administrativa el **17 de abril de 2017** y la demanda fue instaurada el **2 de abril de 2018**, de ahí que aún no ha operado el fenómeno de la prescripción. Sustentó lo que dice en la aplicación armónica que debe dársele a los artículos 41 del decreto 3545 de 1968 con el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil, y especialmente en la hermenéutica jurídica del Consejo de Estado, el cual defiende la tesis “...cuando los derechos reclamados se hacen exigibles en razón a un fallo de nulidad simple, proferido por la misma Corporación, precisando el momento a partir del cual empieza a correr la prescripción, según el demandante; *-postura jurisprudencial consolidada desde el año 2002, que aún se encuentra vigente-*”.

Cita algunas decisiones emitidas por el Consejo de Estado y por la Sala de Consulta del Servicio Civil de esa Corporación, en la que se defiende esta tesis, trae a colación decisiones emitidas por el Consejo de Estado tomadas en desarrollo del recurso extraordinario de súplica¹³.

De igual manera, en la etapa de alegatos, criticó la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019, citada por la demandada, pues considera que esta no cumplió con la carga argumentativa exigida, no demostró porque éste no resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el nuevo asunto, al apartarse de lo ya dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, que definió la regla de unificación jurisprudencial para el conteo

¹³Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Juan Ángel Palacio Hincapié. Bogotá DC, 10 de diciembre de 2002, expediente 11001031500020010029901(S-100).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 110010315000200100029101(S-092).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 1100103150002002003201 (S-144).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 11001031500020000882101 (S-821).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001022301 (S-043).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001029801 (S-099).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, expediente 05001233100020030122001(0239-2014).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Jorge Iván Acuña Arrieta, expediente 25000232500020100024602(0845-2015).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 52001233300020180004001.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expedientes acumulados 11001032800020160002400 y 11001032800020160002500, sentencia de única instancia de 23 de mayo de 2017.

de la prescripción que se debe aplicar en este asunto, directriz que fuera acogida en varias decisiones emitidas en medios de control como este, por los años siguientes.

Análisis de la Sala.

La Sala estudió cada uno de los argumentos planteados por la demandante a través de su apoderado y tuvo especial cuidado en leer cada una de las providencias citadas por este, no solo al momento de pronunciarse frente a las excepciones, sino, además, de aquellas traídas a colación en los alegatos de conclusión¹⁴, donde también tocó este tema, sin embargo, antes de llegar a una conclusión, para la Sala es importante definir el concepto de línea jurisprudencial y como se construye;

Al respecto de este tema, el tratadista Diego Eduardo López Medina¹⁵ cita varias reglas para tener presentes al momento de buscar una línea jurisprudencial;

“(…). La construcción de líneas jurisprudenciales en el estudio de las decisiones y de los precedentes judiciales de las altas cortes, toma especial relevancia en la medida en que permite al abogado, al momento de abordar el caso: (i) elaborar una estrategia defensa articulada con las decisiones que han sido proferidas previamente; (ii) identificar los argumentos jurídicos vinculantes que dan sustento a la decisión (ratio decidendi) y (iii) determinar la trayectoria que una posición jurídica ha tenido a lo largo del tiempo a efectos de prever cuál sería la decisión del juez sobre determinado problema jurídico.

(…).

- 1. Se debe seleccionar una causa de litigiosidad sobre la cual se van a construir las líneas o tendencias jurisprudenciales.*
- 2. Para dar inicio a la construcción de la línea, se debe definir el problema jurídico que se pretende resolver, el cual debe estar ligado a la causa de litigiosidad y a los hechos concretos relacionados con la demanda. El problema jurídico, como derrotero que guía la línea, es la pregunta que plantea una controversia entre dos extremos de decisión y que se resolverá mediante el análisis de los pronunciamientos judiciales proferidos sobre el asunto. Para la definición del problema jurídico es importante, entonces, resaltar tres elementos: (i) los sujetos jurídicos, (ii) los hechos y (iii) las normas aplicables al caso en concreto. Debe darse prevalencia a los hechos jurídicos relevantes, pues son los que permiten*

¹⁴Sentencia del 9 de marzo de 2006, Sección Segunda, Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado 11001032500020030005701(121-03).

Sentencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sección segunda, radicado 11001232500020050515901(0230-08).

Sentencia de 24 de agosto de 2011, Consejero Ponente: Ernesto Forero Vargas, sección segunda, radicado 11001032500020030042101(5572-2003).

Sentencia de 22 de febrero de 2016. Sección Segunda, Consejera de Estado: Carmen Anaya de Castellanos. Radicado 73001233100020110062202(3193-13).

Sentencia de 16 de noviembre de 2017. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas. Radicado 05001233300020130115201(2372-2014).

Sentencia de 30 de noviembre de 2017. Sección Segunda, Subsección B. Consejero de Estado: Carmelo Perdomo Cueter. Radicado 2500234200210120092101(2438-2014).

¹⁵LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, Segunda Edición, Legis, 2006 y LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Segunda Edición. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.

determinar la manera en que la jurisprudencia ha resuelto este tipo de situaciones.

3. Una vez definido el problema jurídico, se debe establecer la necesidad de hacer la línea, ya que es conveniente elaborarla cuando no se conoce la posición jurisprudencial o cuando, conociéndola, se evidencia que puede haber soluciones disímiles. De esta manera, se recomienda que no es preciso elaborar una línea jurisprudencial, por ejemplo, cuando se conoce que la posición es constante o cuando hay una sola sentencia.
4. Se debe iniciar la búsqueda de sentencias que responden al problema jurídico y que cuenten con patrones fácticos similares. Para elegir las sentencias que serán estudiadas puede ser útil realizar los siguientes pasos:
 - a. Contextualizar jurídicamente el objeto de estudio, es decir, buscar las normas; la jurisprudencia; la doctrina, o todas las herramientas académicas especializadas que guían la materia, etc.
 - b. Definir las palabras claves que servirán de parámetro de búsqueda.
 - c. Definir dónde se encuentra la jurisprudencia. Para ello, será necesario identificar la jurisdicción respecto al tema y el órgano de cierre que resuelve esos asuntos. Si es una acción de tutela será la Corte Constitucional (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>), si es un proceso contencioso administrativo, el Consejo de Estado (<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>) y, si es un proceso ordinario, la Corte Suprema de Justicia (<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>).
5. Realizar la búsqueda de las sentencias por las distintas herramientas. No obstante, se recomienda buscar en: la base de datos de las relatorias de las altas cortes y en los motores de búsqueda de las páginas web de las mismas, ya que son la fuente oficial de la corporación que profirió la decisión.
6. Realizado lo anterior, se toma como punto de inicio la ‘sentencia arquimédica’ que es la más reciente y cuyos hechos relevantes tengan el mismo patrón fáctico, o al menos lo más cercano posible con relación al caso sometido a investigación. Bajo el estudio de la estructura de citas de esta sentencia, se pueden identificar las demás decisiones judiciales que se han tomado en el tiempo sobre la temática a desarrollar y aquellas que apoyan o refutan las decisiones tomadas. Para ello, el analista deberá hacer una lista de citas jurisprudenciales que encuentre en la ‘sentencia arquimédica’.
7. El siguiente paso ha sido llamado por los doctrinantes como “ingeniería reversa”, la cual consiste en analizar las sentencias que son citadas en la ‘sentencia arquimédica’ y repetir este ejercicio una y otra vez hasta conformar el “nicho citacional”. Es acá donde se pueden evidenciar tanto las sentencias que reiteran o se apartan del precedente como los momentos de coincidencia o quiebre de las decisiones.

8. *Identificadas las sentencias, será necesario realizar una lectura analítica de éstas, para lo cual se deberá tener en cuenta la similitud de los hechos y las consideraciones que componen la ratio decidendi, que determinan las reglas de las decisiones. Sin embargo, no deberán ignorarse aquellas sentencias que sirvan como aporte al fortalecimiento de los argumentos que sustentan la decisión, pero deberá decidirse cuáles serán objeto de análisis e inclusión a la línea y por qué.*
9. *Por último, identificadas cuáles son las tendencias y patrones que componen las reglas de decisión, el analista procederá a ubicar o agrupar las sentencias en los dos extremos de decisión, a efectos de identificar cuál ha sido la trayectoria y comportamiento de la jurisprudencia al resolver el problema jurídico analizado.”*

De acuerdo con la doctrina en cita, para hallar una línea jurisprudencial se debe primero fijar el problema jurídico, el cual tiene relación directa con la causa de litigiosidad y con los hechos de la demanda y, más adelante agrega, que además este tiene especial relación con tres elementos; (i) los sujetos jurídicos, (ii) los hechos y (iii) las normas aplicables al caso en concreto.

Ahora bien, lo anterior aplicado al caso en concreto, entonces se trata de la excepción de prescripción trienal laboral (*subtema*) de que trata los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil (*normatividad aplicable*); en el marco de la reclamación de la prima especial de servicios (*tema*), regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 (*normatividad aplicable*), para jueces (*sujeto jurídico*), por el periodo comprendido entre el **1 de octubre de 1992** y hasta el **28 de febrero de 2001** (*periodo reclamado por concepto de prima*) y de las cesantías causadas y pagadas a 31 de enero de 1992 y por los años comprendidos entre 1993 y 2001, en que la demandante se desempeñó en el cargo de Juez de la Republica en la Rama Judicial, pese a que solo hasta el **17 de abril de 2017** inicio la reclamación administrativa o lo que es igual, exigió el cumplimiento de su derecho a esta prima (*hechos de la demanda*), lo que arroja como problema jurídico ***¿Opera el fenómeno prescriptivo sobre el periodo reclamado cuando se trata de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992?***.

Por otro lado, el grueso de las providencias citadas por la demandante, no cumplen los requisitos anteriores, por lo que se equivoca al definir la línea jurisprudencial que asegura fijó el Consejo de Estado como órgano de cierre en materia de la aplicación de la prescripción trienal laboral en el tema de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, veamos por ejemplo de las providencias que allegó, unas tratan el subtema de la prescripción pero frente al tema de la “*prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM*”, en donde la demandada es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) y frente a “*la aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del artículo 13 de la CP*”, de las otras jurisprudencias que allegó, varias son homónimas a esta demanda, es decir trata sobre la prima especial que aquí se reclama, pero se corresponden a decisiones que actúan en solitario, sin

fuerza vinculante, más que servir de guía o referencia al fallador, cuando no tiene una sentencia de unificación que lo obliga y le marca el camino a seguir, porque la sentencia de unificación que cita, trata el tema de la prima especial para magistrados de alta corte regulada por el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, que tampoco tiene ninguna relación con lo que aquí se demanda, pues es un beneficio para los Magistrados de Altas Cortes, con incidencia en los Magistrados de Tribunal, funcionarios con garantías laborales y asignación salarial, muy diferente a los Jueces de la Republica.

Concluye la Sala que la demandante se equivoca cuando asume como línea jurisprudencial, primero la solución que le imprime el Consejo de Estado frente a la prescripción, pero en marcos jurídicos diferentes, respecto a situaciones y sujetos jurídicos que desarrollan los hechos en normatividad distinta al régimen laboral de la Ley 4ª de 1992 y del artículo 14 ibidem, y segundo, con desconocimiento de la última sentencia de unificación que emitió el órgano de cierre de esta jurisdicción frente al tema que se debate, la cual si tiene efecto vinculante y obliga al operador judicial a acatarla, de acuerdo con los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

De igual manera, como parte de las alegaciones, pero con relación al tema de la prescripción laboral de los derechos, entre otras, pero en especial el demandante citó la sentencia de unificación jurisprudencial de 4 de agosto de 2010, 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08), donde aseguró se “...estableció la **regla de unificación jurisprudencial** para el conteo de la prescripción que se debe aplicar en el presente caso”, y agregó “la cual se encuentra vigente porque en la **Sentencia de Unificación Jurisprudencial –SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 de la misma Sección–Sala Plena de Conjueces–, Ponente Dra. Carmen Anaya de Castellanos, para apartarse de ese fallo de igual jerarquía y desconocer la regla mencionada, no cumplió con la carga argumentativa exigida, no demostró porque éste no resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el nuevo asunto**”.

Una vez más, la Sala se tomó la tarea de estudiar la providencia que aseguró el demandante fue la que fijó la regla de unificación frente a la prescripción. En resumen, dicha providencia trata el tema de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es decir, en principio tendría relación con el mismo tema de esta demanda, sin embargo, de su lectura es claro que la pretensión principal es diferente, pues en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 se solicita;

“la inclusión en la base liquidataria de sus cesantías y prestaciones sociales, del 30% que percibió como prima especial”

y el problema jurídico es;

“¿Procede la reliquidación del auxilio de cesantías y demás prestaciones sociales reconocidas y canceladas a la actora, desde 1992 a 2001, por la

Fiscalía General de la Nación, incluyendo en la base liquidatoria el 30% que a título de prima especial de servicios percibió durante dicho período?”

Mientras que en la sentencia también de unificación del 2 de septiembre de 2019 la pretensión principal es;

“el reconocimiento y pago de la prima especial de servicio de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992”

Y su problema jurídico se dispone a determinar;

“Corresponde a la Sala determinar si es procedente la reliquidación de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, como una adición al salario de los servidores beneficiarios de dicha prima, como viene establecido en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, o si por el contrario se considera allí incluida, así como cuál es su repercusión frente a la liquidación de las prestaciones sociales y del salario.”

Lo que concluye que la sentencia de unificación 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08) de 4 de agosto de 2010, en ese caso en particular el auxilio de cesantías no prescribe, porque; *“...cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación...”* y *“Para el caso en concreto, fue así como obró la demandante, motivando el pronunciamiento de la administración que hoy se está revisando y que fue demandado dentro del término de los cuatro meses que la ley prevé, sin que tampoco se hubiera verificado la prescripción, porque entre el momento en que surgió el derecho es decir, la ejecutoria de la sentencia del 14 de febrero de 2002¹⁶, que anuló la expresión “sin carácter salarial” que contenía el artículo 7 del Decreto 038 de 1999, y que consideró dicho porcentaje como parte integrante del salario, hasta la fecha en que se radicó solicitud de reliquidación -octubre 21 de 2004-, no transcurrió un tiempo superior a los tres años que como término prescriptivo resulta aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.”* (subrayas de esta Sala)

Sin embargo, el estudio que se le da a la figura de la prescripción en la sentencia analizada y citada por el demandante, de manera global, está acorde con el sentir que la sentencia de unificación del 2 de septiembre de 2019, en tanto para ambas la figura de la prescripción tiene sustento jurídico los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se diferencian en que la sentencia de unificación de 4 de abril de 2010 determinó la exigibilidad del derecho a partir de la

¹⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No. Interno. 0197-1999. Actor. Everardo Venegas Avilan.

ejecutoria de la sentencia de 14 de febrero de 2002 que anuló la expresión “sin carácter salarial”, contenida en el artículo 7 del decreto 038 de 1998, mientras que la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019 llegó a la conclusión que la exigibilidad del derecho se da con la vigencia de la Ley 4ª de 1992 creadora de la prima especial de servicios y con la expedición del decreto 53 de 1993 primera norma en reglamentar la prima, lo que significa que la sentencia que unificó -entre otros- el tema de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, fue fiel a lo reglado por la ley y la jurisprudencia, hasta ahora existente.

Finalmente, la Sala acoge la tesis que sobre la prescripción adoptó la **Sentencia de Unificación Jurisprudencial –SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019**, al decir que se aplica fiel a lo dispuesto en el artículo 2535 del Código Civil -tres años atrás, contados a partir de la fecha en que se reclamó el derecho-, en tanto el derecho sobre la prima especial de servicios, se da con la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y su artículo 14, tema del cual se ampliara su análisis, más adelante en esta misma sentencia.

Ausencia de causa petendi.

No le asiste razón a la demandada al proponer esta excepción, pues la petición elevada por la demandante tiene sustento en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, respaldadas por múltiples jurisprudencias que reconocen el derecho que tienen los jueces de la república y los funcionarios homólogos a recibir este beneficio, como un adicional al sueldo y no parte de este, como se hizo.

Innominada.

La Sala no encuentra otra excepción que no haya sido mencionada y que exista la necesidad de declarar.

En consecuencia, se declarará **PROBADA** la excepción de prescripción trienal laboral y **NO PROBADAS** las excepciones de integración de litis consorcio necesario, ausencia de causa petendi e innominada.

e. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjuces-Tribunal Administrativo de Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado**, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

f. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y

Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente***¹⁷:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

17 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)	Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)
Salario básico: \$10.000.000	Salario básico: \$10.000.000
Prima especial (30%): \$3.000.000	Prima especial (30%): \$3.000.000
Salario sin prima: \$7.000.000	Salario más prima: \$13.000.000
Total a pagar al servidor: \$10.000.000	Total a pagar al servidor: \$13.000.000

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos¹⁸, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30%del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado¹⁹, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir la demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

¹⁸ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202
¹⁹ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998²⁰ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.²¹

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda²², en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

²⁰ *Artículo 1º. Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.*

21 Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

22 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual²³.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios **SOLO tiene carácter salarial**, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.

23 Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993. Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»²⁴.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»²⁵.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado²⁶ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

²⁴ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

²⁵ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que el señor **DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** laboró al servicio de la Rama Judicial desempeñando el cargo de Juez de la Republica por el periodo comprendido **desde el 1 de octubre de 1987 y hasta el 28 de febrero de 2001**²⁷ y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de la prima especial de servicios, por tanto, tenía derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales **se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes²⁸. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de

²⁷ Constancia laboral n° 562 del 17 de abril de 2017 y certificación laboral de 23 de noviembre de 2017 visible a folios 145-151 y 152 C.I.

²⁸ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010²⁹ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial**, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió

²⁹ Cita de cita: Ibídem

con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial³⁰. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar³¹ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos³² . [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de

³⁰ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

³² La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos³³

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces³⁴, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpió con la solicitud de reliquidación

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy

³³ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

³⁴ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.

- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969³⁵. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.
- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)³⁶.

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia

³⁵ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

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

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

³⁶ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

culpa³⁷. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- **De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.**
- **De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.**

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, **desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.**

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen³⁸: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o

³⁷ Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, en latín.

³⁸ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

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

trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con los Decretos 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **17 de abril de 2017**, estando un periodo cubierto hasta el **17 de abril de 2014**, de lógica se deduce que todos los periodos anteriores a esta última fecha, se encuentran prescritos.

LA PRESCRIPCIÓN DE LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

- *De los aportes a pensión.*

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”³⁹

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas por el periodo reclamado comprendido entre el **-1 enero de 1992⁴⁰ y hasta el 29 de febrero de 2001.**

17. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo,

³⁹ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

⁴⁰ Fecha en que entro en vigencia la Ley 4ª de 1992 creadora de la prima especial de servicios reclamada.

para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, los gastos procesales estuvieron a cargo de la parte demandante y este no aportó prueba al menos sumaria de ellos, por lo que no hay lugar a ordenar una condena frente a ellos.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)...”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado⁴¹, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala

⁴¹ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en los procesos sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.»

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

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

18. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

17.1. Asunto.

Obra prueba dentro del expediente que, el **Dr. DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** laboró al servicio de la Rama Judicial en el cargo de Juez de la Republica por el periodo comprendido entre el **1 de octubre de 1987 y hasta el 28 de febrero de 2001**. De igual manera, en resumen, el demandante reclama la reliquidación de sus salarios, cesantías y prestaciones sociales teniendo como factor salarial la prima, desde la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 creadora de la prima especial de servicios **-1 de enero de 1992-** y hasta el **28 de febrero de 2001**.

17.2. Conclusiones.

1. Se debe acoger íntegramente los postulados contemplados en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado**.
2. Se declara imprósperas las excepciones de (i). **integración de litis consorcio necesario**, (ii). **ausencia de causa petendi** e (iii). **Innominada** y próspera la excepción de prescripción, frente a los periodos anteriores al **17 de abril de 2014**.
3. El **Dr. DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del sueldo básico, sumado a este y no deducido como se hizo, lo que provocó que le pagaran el 70% de su salario y sobre este porcentaje, se liquidaran las prestaciones sociales a las cuales tuvo derecho, y no respecto del 100% como debió hacerse; por lo que se accederá a la declaración de la nulidad de la **resolución DESAJMAR17-424 de 8 de mayo de 2017** y del **acto administrativo ficto presunto negativo**.

4. Que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **SOLO** constituye factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y, en consecuencia; se ordenará a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, reliquidar los aportes a pensión causados por la demandante por el periodo reclamado **-desde el 1 de enero de 1992 y hasta el 28 de febrero de 2001-** teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y, consignar las diferencias, al fondo de pensiones elegido por el demandante.
5. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.
6. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.

7. Las sumas de las que se ordena su pago, deberán reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA.
8. **NEGAR** las demás pretensiones.

19. FALLA

PRIMERO: **ACOGER** de manera integral lo dispuesto en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado** y, en consecuencia;

SEGUNDO: Declárense **IMPROSPERTAS** las excepciones de (i). **integración de litis consorcio necesario**, (ii). **ausencia de causa petendi** e (iii). **Innominada** y, en consecuencia; declárense la nulidad de la **Resolución DESAJMAR17-424 de 8 de mayo de 2017** y el **Acto administrativo ficto presunto negativo**. Además; se declara la **PROSPERIDAD** de la excepción de prescripción trienal laboral frente a los periodos anteriores al **17 de abril de 2014** y, en consecuencia, la afectación con el fenómeno prescriptivo de todo el periodo reclamado.

TERCERO: DECLARAR que la prima especial de servicios que se reclama, **SOLO** constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a los aportes a **pensión de jubilación** y, en consecuencia; se **ORDENA** a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** reliquidar los aportes a pensión realizados para el periodo comprendido **-desde el 1 de enero de 1992 y 28 de febrero de 2001-**, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y consignarlos al fondo de pensiones elegido por el demandante.

CUARTO: NO CONDENAR en costas de ninguna clase.

QUINTO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

OCTAVO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 13 de octubre de 2023.

Los Conjueces;


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Ponente


JORGE IVAN DIAZ LOPEZ
Revisor


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor

17001233300020180034800

Nulidad y restablecimiento del derecho

José Joaquín Ríos Valencia Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

*Avoca conocimiento
Auto interlocutorio n° 273*

REPUBLICA DE COLOMBIA



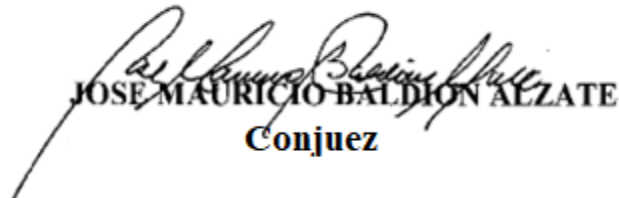
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Conjueces-

Manizales, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 27 de julio de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y tramite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento en la etapa procesal en que se encuentra.

Se ordena a **SECRETARIA** que una vez este ejecutoriada esta providencia, regresar este expediente a Despacho para proferir sentencia de 1° instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Tomas Felipe Mora Gómez

Conjuez Ponente

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, anticipada por cumplir los requisitos contemplados en los literales a) y b) del artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 y después de haberse surtido con éxito todas las etapas procesales previas y pasar a despacho el pasado 12 de octubre de 2023 por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que responde al radicado n° **17001233300020180061900** en el que es demandante la señora **BERTHA INES HOYOS DE BERNI** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** con ponencia de este Conjuez **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** y el **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, la demandante **BERTHA INES HOYOS DE BERNI** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% del salario básico, además su carácter de factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima reclamada, también por todo el periodo en que se desempeñó como Juez de la República.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Definidas en auto 073 de 22 de agosto de 2022, corregido por los autos 100 de 6 de octubre y 113 de 21 de noviembre de 2022, así:

Declaraciones:

- 1. Inaplicar por inconstitucionales los decretos salariales “...que previeron como prima sin carácter salarial, el 30% del salario básico mensual devengado por mi representada como Juez de la Republica, para los años***

2008 y siguientes, hasta la fecha de su retiro definitivo del cargo, entre ellos el artículo 6 del decreto 658 de 2008, artículo 8 de los decretos 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016 y 1013 de 2017”.

2. **Inaplicar por inconstitucionales** los decretos salariales “...que señalan que, la bonificación de actividad judicial de que trata el Decreto 3900 de 2008, no se tendrá en cuenta para determinar elementos salariales ni prestacionales sociales a favor de mi mandante como Juez de la Republica, para los años 2009 y siguientes, hasta la fecha de su retiro definitivo del cargo, entre ellos, el 736 de 2009, 1401 de 2010, 1052 de 2011, 850 de 2012, 1027 de 2013, 197 de 2014, 1100 de 2015, 240 de 2016”.
3. **Declarar la nulidad de la resolución DESAJMAR17-550 de 9 de junio de 2017.**
4. **Declarar** la ocurrencia del silencio administrativo negativo de carácter procesal o adjetivo.
5. **Declarar la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo.**

Condenas:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** a:

6. **Reliquidar** “...la remuneración mensual conforme al ordenamiento jurídico (Constitución Política y Ley 4° de 1992), percibida desde el 27 de agosto de 2001 hasta...(…)...el 31 de enero de 2017...(…)”

En consecuencia, se debe considerar para la aludida reliquidación de la remuneración mensual, la prima especial (30%) como una adición o incremento de la asignación básica (salario básico), y no como una disminución de esta en igual porcentaje”

7. **Reliquidar** “...la prima especial mensual conforme al ordenamiento jurídico (Constitución Política y Ley 4ª de 1992), cancelada desde el 27 de agosto de 2001...(…)...el 31 de enero de 2017.

En consecuencia, se debe tomar para la aludida reliquidación la remuneración mensual o salario básico establecido en el respectivo decreto salarial y multiplicarse por el 30%, tal como lo establece el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992”.

8. **Reliquidar** “...las cesantías e intereses a las mismas causadas y pagadas desde el 2001 hasta el 2017, inclusive, considerando para el efecto la reliquidación de la remuneración mensual, la reliquidación de la prima especial, que también es factor salarial y la bonificación de actividad judicial que constituye factor salarial y prestacional a partir del 1 de enero de 2009 por expresa disposición legal (Decreto 3900 de 2008)”

9. **Reliquidar** “...las vacaciones, primas de vacaciones, primas de navidad, primas de servicios y demás prestaciones laborales, teniendo en cuenta la reliquidación de la remuneración mensual, la reliquidación de la prima especial, que también es factor salarial y la bonificación de actividad judicial que constituye factor salarial y prestacional, a partir del 1 de enero de 2009 por expresa disposición legal (Decreto 3900 de 2008), por el periodo comprendido entre el 27 de agosto de 2001 y el 31 de enero de 2017, inclusive.
10. **Pagar** las diferencias laborales que resulten a favor de mi mandante, en razón de las aludidas reliquidaciones, durante todo el tiempo en que se desempeñó como Juez (27 de agosto de 2001 hasta el 31 de enero de 2017), por concepto de: remuneración mensual, prima especial mensual; cesantías e intereses a las mismas, vacaciones, primas de vacaciones, primas de navidad, primas de servicios y demás prestaciones laborales”.
11. **Ordenar** a la demandada indexar o actualizar las sumas de dinero que sean reconocidas, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
12. **Condenar** a la demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios que se generen en caso tal de demorar el pago, a la luz de lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
13. **Condenar** a la demandada a pagar las cosas y agencias en derecho que se llegasen a causar a la luz del artículo 188 del CPACA.

4. HECHOS

La **Dra. BERTHA HOYOS DE BERNI** laboró al servicio de la Rama Judicial desempeñando el cargo de Juez de la Republica desde el **27 de agosto de 2001** y el **31 de enero de 2017**, inclusive.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

A través de petición presentada el **19 de mayo de 2017**, instauró derecho de petición ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, seccional Manizales, Caldas, en la que solicitó -a grandes rasgos- el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por el periodo laborado al servicio de la demandada y en el cargo de Juez de la Republica.

Dicha petición fue negada a través de la **resolución DESAJMAR17-550 de 9 de junio de 2017**. Contra esta decisión la demandante instauró el recurso de apelación el cual fue concedido mediante la **resolución DESAJMAR17-754 de 26 de julio de 2017**.

La parte demandada nunca resolvió el recurso de alzada, superando el termino exigido por el artículo 83 del CPACA -4 meses- lo que dio pie para la ocurrencia del ***silencio administrativo negativo*** y; en consecuencia, la configuración del ***acto administrativo ficto presunto negativo***, permitiéndole a la demandante continuar con la etapa siguiente.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **29 de junio de 2018**, la demandante por intermedio de su apoderado presentó ante la Procuraduría General de la Nación ***solicitud de conciliación***. Mediante la resolución n° 757 de 28 de septiembre de 2018 se admitió y se declaró fallida una conciliación.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

7.1. Normas Constitucionales vulneradas: preámbulo, artículos 4, 53 y 150, numeral 19, literal e).

7.2. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2 y 14 de la Ley 4ª de 1992 y artículos 1 y 2 del Decreto 3900 de 2008.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al liquidar las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de su salio básico mensual. De igual manera, también se refiere a la modificación que el Decreto 3900 de 2008 introdujo al Decreto 3131 de 2005 “*mediante el cual se creó la bonificación por actividad judicial para jueces, fiscales y procuradores judiciales I*”, estableciendo su carácter de factor salarial respecto de todas las prestaciones sociales, a que tiene derecho la demandante.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** aceptó como ciertos los hechos relativos a los hechos relacionados con el cargo ocupado por la Dra. Denis Rincón Grajales, a la reclamación administrativa y al agotamiento de la conciliación ante la Procuraduría General de la Nación y solicitó que se pruebe, los demás. Como razones esbozó que son interpretaciones de ley e interpretaciones de jurisprudencia relacionada. Agregó además, que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjuces, Sección Segunda¹, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1996 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial, lo que indica que los decretos emitidos por el Gobierno Nacional a partir del año 2008, aún gozan de presunción de legalidad, motivo que da lugar a la negación de las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior y frente al fallo judicial citado, en la que sus efectos vinculantes, son susceptibles de reconocimiento y pago, los cuales deben ser cancelados previa asignación de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que se agrava, si se tiene en cuenta las experiencias pasadas, en las que la Rama Judicial a través del Director Ejecutivo de Administración Judicial-Nivel Central en asocio con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, calculó el presupuesto de la Rama Judicial para la vigencia siguiente, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emita respuesta favorable a los intereses de la demandada, conforme la respuesta emitida en el oficio de 30 de diciembre de 2014, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional; en el cual, en resumen, exige la constitución de un título legítimo de gasto, por no ser un crédito judicialmente reconocido, sino que la situación judicial que sea analiza trata de una sentencia de simple nulidad, las cuales no son títulos constitutivos de gasto, en razón a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos particulares que nazca en uno general anulado.

Así las cosas, el reconocimiento y pago que predica el demandante solo es posible en virtud de un fallo judicial, pues como ya se dijo es la única manera de crear un título constitutivo de gasto y no la sentencia de simple nulidad, que no genera efectos a nivel personal, por lo que su aplicación a las pretensiones de la demandante, se hace imposible. Ahora bien, la aplicación retroactiva de los intereses de la demandante, sin contar con una sentencia judicial ejecutoriada que lo ordene, acaecería en sanciones del orden disciplinario y penal para la entidad que representa, conforme lo dispone el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.

En conclusión a pesar de la existencia de una sentencia emitida por el Consejo de Estado desde el año 2014, que anuló los decretos salariales comprendidos entre los

¹ Radicado n° 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz.

años 1997 a 2007, dejó por fuera los decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional en los años posteriores al 2008 y dado que se trata de un medio de control de simple nulidad, sus efectos vinculantes son del orden general, por lo que es imposible aplicarlos al caso particular, en consecuencia; las decisiones tomadas por la demandada frente a la demandante, se han ajustado a derecho y por ende, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Radicada la demanda el 13 de diciembre de 2018 en la Oficina Judicial y superados los trámites que suscitaron el impedimento de la Sala Plena de esta Corporación, se admitió la demanda el 5 de febrero de 2020, surtida su notificación el 21 de febrero de 2020, se suspendieron los términos por la declaración del Gobierno Nacional de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020*, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020*, *PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020*, *PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020* y *PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020*, en la cual se suspendieron los términos entre marzo y 30 de junio de 2020.

Reactivados los términos a partir del 1 de julio de 2020, fue contestada la demanda dentro del tiempo de la suspensión, el 9 de septiembre fue reformada la demanda y el 18 de marzo de 2021 se admitió la reforma, fue notificada el 19 de marzo de 2021, se corrió traslado a las excepciones el 26 de julio de 2021, la demandante se pronunció al respecto; por auto 073 de 22 de agosto de 2022, se prescindió de la audiencia inicial y se aplicó la sentencia anticipada a la luz del artículo 182A Literales a y d del CPACA, el cual fue corregido y adicionado a petición de la parte demandante a través de los autos 100 de 6 de octubre y 113 de 21 de noviembre de 2022, la oportunidad para alegar fue aprovechada por ambas partes, dentro de este término y por imposibilidad de la Conjuez de continuar con el trámite y conocimiento de este proceso, el 27 de julio de 2023 se celebró sorteo de Conjueces y por auto 269 de 3 de octubre de 2023, se avocó el conocimiento por el Conjuez Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ, finalmente el pasado 12 de octubre de 2023 paso a despacho para proferir la sentencia.

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Acta de reparto, poder de la demandante **BERTHA INES HOYOS DE BERNI** para el abogado **Dr. CARLOS HERNAN AMARILES BOTERO**, escrito de la demanda, documentos y pruebas que acompañaron la demanda -01Cuaderno1-, reforma de la demanda -02ReformaDemanda-, contestación de la demanda, poder otorgado por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial al abogado Julian Augusto González Jaramillo, reclamación administrativa -06RespuestaDemanda-, pronunciamiento frente a las excepciones -

11PronunciamientoExcepciones-, solicitud corrección auto 073 de 22 de agosto de 2022 -16ReciboSolicitaCorrecAdionAI073-, auto 100 de 6 de octubre de 2022 y -18CorrigeAI073de22Agosto2022-, solicitud de corrección del auto 100 -25SolicitudCorreccionDemandante- y auto 113 de 21 de noviembre de 2022, escritos de alegatos parte demandante -22AlegatosDemandante- y parte demandada -24AlegatosDemandada, 28AlegatosDemandada-, auto 208 fija fecha sorteo de conjueces de 26 de julio y acta de sorteo de 27 de julio de 2023, auto n° 269 de 3 de octubre de 2023 mediante el cual este conjuez avoca conocimiento de este proceso y constancia de pasa a despacho para sentencia de 12 de octubre de 2023.

11. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

- En el escrito de la demanda.

Resolución DESAJMAR17-550 de 9 de junio de 2017 “por medio de la cual se resolvió una petición” y su constancia de notificación² (fl. 56-57), solicitud de conciliación³ (fl. 58-110), resolución n° 757 de 28 de septiembre de 2018 “por medio de la cual se acepta el retiro de una solicitud de conciliación extrajudicial -con sus anexos-” (fl. 111), derecho de petición⁴ (fl. 112-124), recurso de apelación⁵ (fl. 102-121), resolución DESAJMAR17-754 de 26 de julio de 2017 “por medio de la cual se concede un recurso de apelación” y su constancia de notificación⁶ (fl. 125 y vto), jurisprudencias varias (fl. 123-165), oficio DESAJMAO17-1858 de 6 de junio de 2017 (fl. 191), certificación laboral n° 824 de 30 de mayo de 2017 (fl. 192-203), oficio DESAJMAO17-1857 de 6 de junio de 2017 (fl. 204), actos administrativos que reconocen, liquidan y ordenan el pago de auxilios de cesantías para los años de 2002 a 2017 (fl. 205-220), certificado laboral emitido por el Tribunal Superior de Manizales (fl. 221) -01Cuaderno1-.

- Anexos al pronunciamiento frente a excepciones:

Jurisprudencias -11PronunciamientoExcepciones-.

b. Demandada.

- En el escrito de respuesta de la demanda:

Reclamación administrativa -06RespuestaDemanda-.

² Notificada el 28 de junio de 2017.

³ Radicada el 29 de junio de 2019.

⁴ Radicado el 2 de mayo de 2017.

⁵ Radicado el 19 de mayo de 2017.

⁶ Notificada el 10 de agosto de 2017.

12. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 2 de octubre de 2020, respecto de las excepciones. *i). integración de litis consorcio necesario, ii). ausencia de causa petendi, iii) Prescripción trienal laboral e; iv). Innominada.*

13. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

La demandante por medio de su apoderado, se pronuncio al respecto de las excepciones mediante nutrido escrito que presentó el 27 de julio de 2021 - *11PronunciamientoExcepciones-* y lo acompañó con varias providencias entre sentencias, autos y fichas descriptivas. Al respecto de la excepción *integración del litis consorcio necesario* dice que contrario a lo que asegura la demandada, no se cumplen los presupuestos normativos contemplados en el artículo 61 del C.G.P., toda vez que los actos acusados fueron la resolución DESAJMAR17-550 de 9 de junio de 2017 “*por medio de la cual se negó una petición*” y el acto administrativo ficto presunto negativo, derivado de la renuencia para resolver el recurso de apelación impetrado en contra de la resolución mencionada, dentro de los cuales, no hubo participación de la Presidencia de la Republica, ni del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ni tampoco del Departamento Administrativo de la Función Pública. Citó el auto 042 de 6 de junio de 2019 emitido por el Tribunal Administrativo de Caldas, el cual negó la integración de la litis, entre otros por el argumento expuesto anteriormente por la demandante.

Frente a la excepción de *prescripción trienal laboral* solicitada por la parte demandada frente a los derechos laborales de demandante, citó la sentencia de nulidad del 29 de abril de 2014 proferida por sección Segunda de la Sala de Conjuces de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, identificada con radicado 11001032500020070008700(1686-07) la cual cobro ejecutoria el 22 de julio de 2014 y a partir de la cual nace el derecho a la exigibilidad del derecho a reclamar la reliquidación de las acreencias laborales respecto de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 “*...hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral...*”.

Así las cosas, dice que la reclamación administrativa inicio el 11 de mayo de 2017 y la demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa fue presentada el 12 de junio de 2018, por lo que a su juicio y en respeto de la jurisprudencia antes citada, el fenómeno prescriptivo no ha operado.

De igual manera y en aplicación armónica de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y del inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil y especialmente de la hermenéutica del Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo; cuando los derechos se hacen exigibles en razón a un fallo de nulidad simple proferido por la misma Corporación, precisando el momento a partir del cual inicia el

conteo, que fue lo que sucedió con la sentencia antes anunciada y que respeta la tesis que frente a estos fallos viene sosteniendo el Consejo de Estado desde el año 2002.

Agregó el análisis de las siguientes providencias emitidas por Consejo de Estado y por la Sala de Consulta del Servicio Civil de esta Corporación, las cuales para la Sala resulta importante citar, atendiendo que una de las tesis más fuertes que respaldan la objeción a esta excepción, radica en el desconocimiento del ente superior, a una supuesta línea jurisprudencial que plantea el manejo del fenómeno prescriptivo en el tema de la demanda;

- 1 *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Juan Ángel Palacio Hincapié. Bogotá DC, 10 de diciembre de 2002, expediente 11001031500020010029901(S-100), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM. (y Ficha n° 13).*
- 2 *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 110010315000200100029101(S-092), Medio de control: nulidad, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.*
- 3 *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 1100103150002002003201 (S-144), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del artículo 13 de la CP. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.*
- 4 *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 11001031500020000882101 (S-821), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.*
- 5 *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001022301 (S-043), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.*
- 6 *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001029801 (S-099), Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL). Cargos: aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del 2535 inciso 2 del CC. Tema: prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM.*

- 7 Consejo de Estado, Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado: 1001-0325-00-2003-00057-01(121-03), demandados: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Tema: Carácter no salarial de la prima especial de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- 8 Sentencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sección segunda, radicado 11001232500020050515901(0230-08) demandadas: Fiscalía General de la Nación. Tema: Reconocimiento de la prima especial de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y (Ficha n° 76).
- 9 Sentencia de 24 de agosto de 2011, Sala de Conjueces, C.P. Ernesto Forero Vargas, radicado 11001-0325-000-200300421-01(5572-2003), Demandados: Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de hacienda y crédito público, Departamento administrativo de la función pública. Tema: Carácter no salarial de la prima especial de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- 10 Sentencia de 22 de febrero de 2016. Sección Segunda, Consejera de Estado: Carmen Anaya de Castellanos. Radicado 73001233100020110062202(3193-13). Demandada: Nación-DEAJ-Rama Judicial. Tema: prima de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- 11 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, expediente 05001233100020030122001(0239-2014), sentencia de 2º instancia de 21 de abril de 2016, Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Fiscalía General de la Nación. Tema: prima especial de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- 12 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Jorge Iván Acuña Arrieta, expediente 25000232500020100024602(0845-2015), sentencia de unificación, Bogotá DC 18 de mayo de 2016, Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial. Tema: controversias existentes respecto a la aplicación del Decreto 610 de 1998, del artículo 15 de la Ley 4 de 1992 y la negación de la prescripción trienal, en los casos de reajuste salarial y pensional de conformidad con el Decreto 610 de 1998.
- 13 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expedientes acumulados 11001032800020160002400 y 11001032800020160002500, sentencia de única instancia de 23 de mayo de 2017, Medio de control: nulidad electoral, contra Guido Echeverri Piedrahita. Tema: Nulidad de la elección para gobernador del departamento de Caldas.
- 14 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, CP. Rafael Francisco Suarez Vargas, radicación: 05001233300020130115201(2372-2014), demandada: Fiscalía General de la Nación. Tema: Prescripción en la prima especial de servicios artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- 15 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cueter, radicación: 25000234200020120092101(2438-2014), demandada: Ministerio de relaciones exteriores. Tema: excepciones de caducidad de la acción y prescripción del derecho de la liquidación de las cesantías.
- 16 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente

52001233300020180004001, resuelve apelación auto, de 2 de mayo de 2019, Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: reliquidación de la prima de actualización. Contra Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Con base en toda la jurisprudencia citada, la demandante apela al principio del “precedente judicial” y trae a colación la definición planteada por el Consejo de Estado; “...aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”, agrega que esta definición apareja un carácter vinculante para los operadores jurídicos a respetar su aplicación en iguales términos. Habla de la fuerza de los términos *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, de los cuales solo el primero, dice, tiene fuerza vinculante; “Así, mientras el carácter vinculante de las sentencias, en lo que tiene que ver con el *decisum*, se comprende desde la óptica de la modulación de sus efectos; en lo que atañe a la *ratio decidendi*, se cristaliza en la teoría de la obligatoriedad del precedente judicial. Ello se explica en que, según el dicho de la Corte -la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón genera que constituyen al base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”

Conforme lo anterior la parte demandante concluye con el siguiente interrogante; *¿La Sala Plena de Conjuces de la Sección Segunda en una sentencia de unificación y los Tribunales Administrativos en sus fallos pueden desconocer la interpretación que viene realizando desde diciembre de 2002 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado del artículo 2535, inciso segundo, del Código Civil, en sentencias de unificación con fines de extensión, por ejemplo al decidir sobre el recurso extraordinario de súplica?* (negritas originales de texto, cursiva del Despacho).

Finalmente, y frente a la excepción de ***ausencia de causa petendi*** y respecto del argumento de la demanda para alegarlo, esta dice “los efectos de las sentencias de nulidad del H. Consejo de Estado, y que han dado origen a este sin numero de demandas, rigen hacia el futuro o *ex nunc*, con el objeto de generar certeza y seguridad jurídica dentro del sistema normativo, toda vez que la sentencia con efectos *erga omnes*, sólo tiene consecuencias posteriores, restableciendo el derecho hacia futuro, pues no es posible producir efectos retroactivos ya que no es de carácter particular y así dar estricto cumplimiento a las disposiciones vigentes que regulan la materia objeto de controversia...”.

Dice la demandante que precisamente lo que apunta la demandada es la base de los argumentos que sustentan su petición toda vez que se afianza en la sentencia de nulidad del 29 de abril de 2014, que anulo los decretos salariales, desvirtuando su presunción de legalidad con efectos retroactivos, es decir *ex tunc*, como si nunca hubieran existido, por lo que es prohibido aplicar estos preceptos al demandante en consideración a la prima que se reclama porque fueron retirados del ordenamiento jurídico como bien lo apunto el Consejo de Estado al decir; “...situación deber ser

retrotraída al estado inicial, como si nunca hubiera existido la norma, conforme a los efectos ex tunc propios de las nulidades. En esa medida los decretos declarados nulos no pueden ser aplicados...”.

Por lo antes expuesto la demandante solicitó se declaren no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

14. SUSPENSION DE LOS TERMINOS

Por medio de los *acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020* el Consejo Superior de la Judicatura, y ordenó la suspensión de los términos procesales para la jurisdicción ordinaria, al igual que la contenciosa administrativa, dejando vigente las acciones de tutela y los habeas corpus, acogiendo el *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* emitido por el Gobierno Nacional, que declaró la situación de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por la amenaza del COVID-19.

15. ALEGACIONES FINALES

Alegatos parte demandada.

Como nuevo apelo al ultimo pronunciamiento que el Consejo de Estado unificó⁷ frente al tema de la prima especial de servicios, para lo cual concluyó que solo es factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y se aplica la prescripción trienal laboral, aplicando con plenitud el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 es decir contados tres (3) años atrás, desde la fecha en que se hayan hecho exigibles los derechos y cita un aparte de esta sentencia *“Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso, la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969”.*

Solicita se declaren no como probadas las excepciones y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

Alegatos parte demandante.

Hablo sobre los hechos que no existen duda en el proceso, y se refirió a los alegatos presentados por la parte demandada, especialmente en lo que se trata con el fenómeno de la prescripción trienal laboral, y como nuevo apuntó que el Consejo de Estado en *“Sentencia de Unificación Jurisprudencial de 4 de agosto de 2010, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación Número 25000-23-25-000-2005-05159-01, Expediente No. 0230-08, donde figuran como actor Rosmira Villescas Sánchez y demandado la*

⁷ Sentencia SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019.

*Fiscalía General de la Nación, estableció la **regla de unificación jurisprudencial** para el conteo de la prescripción que se debe aplicar en el presente caso, la cual se encuentra vigente porque en la **Sentencia de Unificación Jurisprudencial – SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019** de la misma Sección – Sala Plena de Conjuces-, Ponente Dra. Carmen Anaya de Castellanos, para apartarse de ese fallo de igual jerarquía y desconocer la regla mencionada, no cumplió con la carga argumentativa exigida, no demostró porque éste no resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el nuevo asunto”, tesis que fuera acogida en varias decisiones emitidas en medios de control como este, por los años siguientes.*

También reitero sus argumentos al respecto de la legalidad de la prima especial de servicios y del derecho de los funcionarios -jueces de la república- a reclamarla y a reclamar la reliquidación no solo de sus salarios, sino además de sus prestaciones sociales, al tener esta el carácter de factor salarial, pero sin aportar nada nuevo a lo antes dicho.

16. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 4 de julio de 2019 (fl. 228-229) que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 27 de julio de 2023.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala repasa las actuaciones hasta este momento superadas y no encuentra circunstancias que puedan viciar o anular las actuaciones hasta ahora surtidas.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

a). *¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?*

b). *¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?*

c). *¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?*

d. Cuestiones previas

Dado que la demanda solicita se estudie la legalidad y armonía constitucional de los decretos que regularon el carácter de factor salarial que reviste la bonificación

por actividad judicial regulada por el Decreto 3900 de 2008, la Sala deviene conveniente agregar al problema jurídico la siguiente;

d). Reviste carácter de factor salarial la bonificación por actividad judicial de que habla el Decreto 3900 de 2008?

d.1. Excepciones.

Fueron propuestas por la demandada las excepciones de **(i) Prescripción e (ii). Innominada**, de ahí que sea necesario resolverlas, antes de entrar a resolver de fondo en esta sentencia.

(i). Prescripción extintiva del derecho.

Al respecto la demanda citó lo que de la prescripción anuncia el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 *“Las pretensiones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en **tres años** contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo un lapso igual”* (cursiva, subrayas y negrilla original del texto). Agregó, que se le debe aplicar la prescripción a las sumas reclamadas por la parte demandante, pues se trata de valores causados sucesivamente, que, debido a la inactividad de la demandante, las ha perdido. En la etapa de alegatos, la parte demandada complementa esta petición al decir que sobre el tema específico de la prescripción en desarrollo de la reclamación de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, la Sala de Conjuces del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda emitió sentencia de Unificación **–SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019**, dijo que se debía aplicar conforme lo dispone el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 es decir, están por fuera de la prescripción, los tres (3) años, antes, y nada más, contados desde la fecha en que se reclamó el derecho.

A su turno la demandante se opuso a esta excepción pues considera aplicable el precedente judicial y el efecto vinculante obligatorio que este tiene sobre las decisiones de los operadores jurídicos, bajo la premisa de *“a situación igual, solución igual”*, sumado a que la línea jurisprudencial marcada por el Consejo de Estado frente al tema de la prescripción extintiva del derecho, especialmente lo contemplado en la sentencia de nulidad de 29 de abril de 2014, proferida por el Consejo de Estado, MP. María Carolina Rodríguez Ruiz, expediente 11001032500020070008700(1686-07), la cual tomó ejecutoria el 22 de julio de 2014, fecha a partir de la cual se debe contar el término de prescripción, pues aquí nació la exigibilidad del derecho a reclamar la reliquidación de las acreencias laborales respecto de la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Agregó que el demandante hizo la petición con la que inicio la reclamación administrativa el **2 de mayo de 2017** y la demanda fue instaurada el **8 de junio de 2018**, de ahí que aún no ha operado el fenómeno de la prescripción. Sustentó lo que

dice en la aplicación armónica que debe dársele a los artículos 41 del decreto 3545 de 1968 con el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil, y especialmente en la hermenéutica jurídica del Consejo de Estado, el cual defiende la tesis “...cuando los derechos reclamados se hacen exigibles en razón a un fallo de nulidad simple, proferido por la misma Corporación, precisando el momento a partir del cual empieza a correr la prescripción, según el demandante; *-postura jurisprudencial consolidada desde el año 2002, que aún se encuentra vigente-*”.

Cita algunas decisiones emitidas por el Consejo de Estado y por la Sala de Consulta del Servicio Civil de esa Corporación, en la que se defiende esta tesis, trae a colación decisiones emitidas por el Consejo de Estado tomadas en desarrollo del recurso extraordinario de súplica⁸.

De igual manera, en la etapa de alegatos, criticó la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019, citada por la demandada, pues considera que esta no cumplió con la carga argumentativa exigida, no demostró porque éste no resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el nuevo asunto, al apartarse de lo ya dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, que definió la regla de unificación jurisprudencial para el conteo de la prescripción que se debe aplicar en este asunto, directriz que fuera acogida en varias decisiones emitidas en medios de control como este, por los años siguientes.

Análisis de la Sala.

La Sala estudió cada uno de los argumentos planteados por la demandante a través de su apoderado y tuvo especial cuidado en leer cada una de las providencias citadas por este, no solo al momento de pronunciarse frente a las excepciones, sino, además, de aquellas traídas a colación en los alegatos de conclusión⁹, donde también

⁸Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Juan Ángel Palacio Hincapié. Bogotá DC, 10 de diciembre de 2002, expediente 11001031500020010029901(S-100).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 110010315000200100029101(S-092).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 1100103150002002003201 (S-144).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Ligia López Díaz. Bogotá DC, 27 de abril de 2004, expediente 11001031500020000882101 (S-821).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001022301 (S-043).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá DC, 11 de mayo de 2004, expediente 1100103150002001029801 (S-099).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, expediente 05001233100020030122001(0239-2014).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Jorge Iván Acuña Arrieta, expediente 25000232500020100024602(0845-2015).

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 52001233300020180004001.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expedientes acumulados 11001032800020160002400 y 11001032800020160002500, sentencia de única instancia de 23 de mayo de 2017.

⁹Sentencia del 9 de marzo de 2006, Sección Segunda, Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado 11001032500020030005701(121-03).

Sentencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sección segunda, radicado 11001232500020050515901(0230-08).

Sentencia de 24 de agosto de 2011, Consejero Ponente: Ernesto Forero Vargas, sección segunda, radicado 11001032500020030042101(5572-2003).

Sentencia de 22 de febrero de 2016. Sección Segunda, Consejera de Estado: Carmen Anaya de Castellanos. Radicado 73001233100020110062202(3193-13).

Sentencia de 16 de noviembre de 2017. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas. Radicado 05001233300020130115201(2372-2014).

tocó este tema, sin embargo, antes de llegar a una conclusión, para la Sala es importante definir el concepto de línea jurisprudencial y como se construye;

Al respecto de este tema, el tratadista Diego Eduardo López Medina¹⁰ cita varias reglas para tener presentes al momento de buscar una línea jurisprudencial;

“(…). La construcción de líneas jurisprudenciales en el estudio de las decisiones y de los precedentes judiciales de las altas cortes, toma especial relevancia en la medida en que permite al abogado, al momento de abordar el caso: (i) elaborar una estrategia defensa articulada con las decisiones que han sido proferidas previamente; (ii) identificar los argumentos jurídicos vinculantes que dan sustento a la decisión (ratio decidendi) y (iii) determinar la trayectoria que una posición jurídica ha tenido a lo largo del tiempo a efectos de prever cuál sería la decisión del juez sobre determinado problema jurídico.

(…).

- 1. Se debe seleccionar una causa de litigiosidad sobre la cual se van a construir las líneas o tendencias jurisprudenciales.*
- 2. Para dar inicio a la construcción de la línea, se debe definir el problema jurídico que se pretende resolver, el cual debe estar ligado a la causa de litigiosidad y a los hechos concretos relacionados con la demanda. El problema jurídico, como derrotero que guía la línea, es la pregunta que plantea una controversia entre dos extremos de decisión y que se resolverá mediante el análisis de los pronunciamientos judiciales proferidos sobre el asunto. Para la definición del problema jurídico es importante, entonces, resaltar tres elementos: (i) los sujetos jurídicos, (ii) los hechos y (iii) las normas aplicables al caso en concreto. Debe darse prevalencia a los hechos jurídicos relevantes, pues son los que permiten determinar la manera en que la jurisprudencia ha resuelto este tipo de situaciones.*
- 3. Una vez definido el problema jurídico, se debe establecer la necesidad de hacer la línea, ya que es conveniente elaborarla cuando no se conoce la posición jurisprudencial o cuando, conociéndola, se evidencia que puede haber soluciones disímiles. De esta manera, se recomienda que no es preciso elaborar una línea jurisprudencial, por ejemplo, cuando se conoce que la posición es constante o cuando hay una sola sentencia.*
- 4. Se debe iniciar la búsqueda de sentencias que responden al problema jurídico y que cuenten con patrones fácticos similares. Para elegir las sentencias que serán estudiadas puede ser útil realizar los siguientes pasos:*
 - a. Contextualizar jurídicamente el objeto de estudio, es decir, buscar las normas; la jurisprudencia; la doctrina, o todas las herramientas académicas especializadas que guían la materia, etc.*

Sentencia de 30 de noviembre de 2017. Sección Segunda, Subsección B. Consejero de Estado: Carmelo Perdomo Cueter. Radicado 2500234200210120092101(2438-2014).

¹⁰LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, Segunda Edición, Legis, 2006 y LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Segunda Edición. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.

- b. Definir las palabras claves que servirán de parámetro de búsqueda.
- c. Definir dónde se encuentra la jurisprudencia. Para ello, será necesario identificar la jurisdicción respecto al tema y el órgano de cierre que resuelve esos asuntos. Si es una acción de tutela será la Corte Constitucional (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>), si es un proceso contencioso administrativo, el Consejo de Estado (<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>) y, si es un proceso ordinario, la Corte Suprema de Justicia (<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>).
5. Realizar la búsqueda de las sentencias por las distintas herramientas. No obstante, se recomienda buscar en: la base de datos de las relatorias de las altas cortes y en los motores de búsqueda de las páginas web de las mismas, ya que son la fuente oficial de la corporación que profirió la decisión.
6. Realizado lo anterior, se toma como punto de inicio la ‘sentencia arquimédica’ que es la más reciente y cuyos hechos relevantes tengan el mismo patrón fáctico, o al menos lo más cercano posible con relación al caso sometido a investigación. Bajo el estudio de la estructura de citas de esta sentencia, se pueden identificar las demás decisiones judiciales que se han tomado en el tiempo sobre la temática a desarrollar y aquellas que apoyan o refutan las decisiones tomadas. Para ello, el analista deberá hacer una lista de citaciones jurisprudenciales que encuentre en la ‘sentencia arquimédica’.
7. El siguiente paso ha sido llamado por los doctrinantes como “ingeniería reversa”, la cual consiste en analizar las sentencias que son citadas en la ‘sentencia arquimédica’ y repetir este ejercicio una y otra vez hasta conformar el “nicho citacional”. Es acá donde se pueden evidenciar tanto las sentencias que reiteran o se apartan del precedente como los momentos de coincidencia o quiebre de las decisiones.
8. Identificadas las sentencias, será necesario realizar una lectura analítica de éstas, para lo cual se deberá tener en cuenta la similitud de los hechos y las consideraciones que componen la ratio decidendi, que determinan las reglas de las decisiones. Sin embargo, no deberán ignorarse aquellas sentencias que sirvan como aporte al fortalecimiento de los argumentos que sustentan la decisión, pero deberá decidirse cuáles serán objeto de análisis e inclusión a la línea y por qué.
9. Por último, identificadas cuáles son las tendencias y patrones que componen las reglas de decisión, el analista procederá a ubicar o agrupar las sentencias en los dos extremos de decisión, a efectos de identificar cuál ha sido la trayectoria y comportamiento de la jurisprudencia al resolver el problema jurídico analizado.”

De acuerdo con la doctrina en cita, para hallar una línea jurisprudencial se debe primero fijar el problema jurídico, el cual tiene relación directa con la causa de litigiosidad y con los hechos de la demanda y, más adelante agrega, que además este

tiene especial relación con tres elementos; (i) los sujetos jurídicos, (ii) los hechos y (iii) las normas aplicables al caso en concreto.

Ahora bien, lo anterior aplicado al caso en concreto, entonces se trata de la excepción de prescripción trienal laboral (*subtema*) de que trata los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil (*normatividad aplicable*); en el marco de la reclamación de la prima especial de servicios (*tema*), regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 (normatividad aplicable), para jueces (*sujeto jurídico*), por el periodo comprendido entre el **27 de agosto de 2001** y hasta el **31 de enero de 2017** (*periodo reclamado por concepto de prima*) y las cesantías causadas por los años comprendidos entre 2001 y 2017, en que la demandante se desempeñó en el cargo de Juez de la Republica en la Rama Judicial, pese a que solo hasta el **19 de mayo de 2017** inicio la reclamación administrativa o lo que es igual, exigió el cumplimiento de su derecho a esta prima (*hechos de la demanda*), lo que arroja como problema jurídico **¿Opera el fenómeno prescriptivo sobre el periodo reclamado cuando se trata de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992?**.

Por otro lado, el grueso de las providencias citadas por la demandante, no cumplen los requisitos anteriores, por lo que se equivoca al definir la línea jurisprudencial que asegura fijó el Consejo de Estado como órgano de cierre en materia de la aplicación de la prescripción trienal laboral en el tema de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, veamos por ejemplo de las providencias que allegó, unas tratan el subtema de la prescripción pero frente al tema de la “*prima de actualización para personal activo y en retiro de la FFMM*”, en donde la demandada es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) y frente a “*la aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y falta de aplicación del artículo 13 de la CP*”, de las otras jurisprudencias que allegó, varias son homónimas a esta demanda, es decir trata sobre la prima especial que aquí se reclama, pero se corresponden a decisiones que actúan en solitario, sin fuerza vinculante, más que servir de guía o referencia al fallador, cuando no tiene una sentencia de unificación que lo obliga y le marca el camino a seguir, porque la sentencia de unificación que cita, trata el tema de la prima especial para magistrados de alta corte regulada por el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, que tampoco tiene ninguna relación con lo que aquí se demanda, pues es un beneficio para los Magistrados de Altas Cortes, con incidencia en los Magistrados de Tribunal, funcionarios con garantías laborales y asignación salarial, muy diferente a los Jueces de la Republica.

Concluye la Sala que la demandante se equivoca cuando asume como línea jurisprudencial, primero la solución que le imprime el Consejo de Estado frente a la prescripción, pero en marcos jurídicos diferentes, respecto a situaciones y sujetos jurídicos que desarrollan los hechos en normatividad distinta al régimen laboral de la Ley 4ª de 1992 y del artículo 14 ibidem, y segundo, con desconocimiento de la última sentencia de unificación que emitió el órgano de cierre de esta jurisdicción frente al tema que se debate, la cual si tiene efecto vinculante y obliga al operador judicial a

acatarla, de acuerdo con los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

De igual manera, como parte de las alegaciones, pero con relación al tema de la prescripción laboral de los derechos, entre otras, pero en especial el demandante citó la sentencia de unificación jurisprudencial de 4 de agosto de 2010, 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08), donde aseguró se “...estableció la **regla de unificación jurisprudencial** para el conteo de la prescripción que se debe aplicar en el presente caso”, y agregó “la cual se encuentra vigente porque en la **Sentencia de Unificación Jurisprudencial –SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 de la misma Sección–Sala Plena de Conjuces–**, Ponente Dra. Carmen Anaya de Castellanos, para apartarse de ese fallo de igual jerarquía y desconocer la regla mencionada, no cumplió con la carga argumentativa exigida, no demostró porque éste no resultaba válido, correcto o suficiente para resolver el nuevo asunto”.

Una vez más, la Sala se tomó la tarea de estudiar la providencia que aseguró el demandante fue la que fijó la regla de unificación frente a la prescripción. En resumen, dicha providencia trata el tema de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es decir, en principio tendría relación con el mismo tema de esta demanda, sin embargo, de su lectura es claro que la pretensión principal es diferente, pues en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 se solicita;

“la inclusión en la base liquidataria de sus cesantías y prestaciones sociales, del 30% que percibió como prima especial”

y el problema jurídico es;

“¿Procede la reliquidación del auxilio de cesantías y demás prestaciones sociales reconocidas y canceladas a la actora, desde 1992 a 2001, por la Fiscalía General de la Nación, incluyendo en la base liquidatoria el 30% que a título de prima especial de servicios percibió durante dicho período?”

Mientras que en la sentencia también de unificación del 2 de septiembre de 2019 la pretensión principal es;

“el reconocimiento y pago de la prima especial de servicio de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992”

Y su problema jurídico se dispone a determinar;

“Corresponde a la Sala determinar si es procedente la reliquidación de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, como una adición al salario de los servidores beneficiarios de dicha prima, como viene establecido en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, o si por el contrario se considera allí incluida, así como cuál es su repercusión frente a la liquidación de las prestaciones sociales y del salario.”

Lo que concluye que la sentencia de unificación 25000-23-25-000-2005-

05159-01(0230-08) de 4 de agosto de 2010, en ese caso en particular el auxilio de cesantías no prescribe, porque; “...cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación...” y “Para el caso en concreto, fue así como obró la demandante, motivando el pronunciamiento de la administración que hoy se está revisando y que fue demandado dentro del término de los cuatro meses que la ley prevé, sin que tampoco se hubiera verificado la prescripción, porque entre el momento en que surgió el derecho es decir, la ejecutoria de la sentencia del 14 de febrero de 2002¹¹, que anuló la expresión “sin carácter salarial” que contenía el artículo 7 del Decreto 038 de 1999, y que consideró dicho porcentaje como parte integrante del salario, hasta la fecha en que se radicó solicitud de reliquidación -octubre 21 de 2004-, no transcurrió un tiempo superior a los tres años que como término prescriptivo resulta aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.” (subrayas de esta Sala)

Sin embargo, el estudio que se le da a la figura de la prescripción en la sentencia analizada y citada por el demandante, de manera global, está acorde con el sentir que la sentencia de unificación del 2 de septiembre de 2019, en tanto para ambas la figura de la prescripción tiene sustento jurídico los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se diferencian en que la sentencia de unificación de 4 de abril de 2010 determinó la exigibilidad del derecho a partir de la ejecutoria de la sentencia de 14 de febrero de 2002 que anuló la expresión “sin carácter salarial”, contenida en el artículo 7 del decreto 038 de 1998, mientras que la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019 llegó a la conclusión que la exigibilidad del derecho se da con la vigencia de la Ley 4ª de 1992 creadora de la prima especial de servicios y con la expedición del decreto 53 de 1993 primera norma en reglamentar la prima, lo que significa que la sentencia que unificó -entre otros- el tema de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, fue fiel a lo reglado por la ley y la jurisprudencia, hasta ahora existente.

Finalmente, la Sala acoge la tesis que sobre la prescripción adoptó la **Sentencia de Unificación Jurisprudencial –SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019**, al decir que se aplica fiel a lo dispuesto en el artículo 2535 del Código Civil -tres años atrás, contados a partir de la fecha en que se reclamó el derecho-, en tanto el derecho sobre la prima especial de servicios, se da con la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y su artículo 14, tema del cual se ampliara su análisis, más adelante en esta misma sentencia.

¹¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. No. Interno. 0197-1999. Actor. Everardo Venegas Avilan.

(ii). Innominada.

La Sala no encuentra otra excepción que no haya sido mencionada y que exista la necesidad de declarar.

En consecuencia, se declarará **PROBADA** la excepción de prescripción trienal laboral y **NO PROBADA** la excepción innominada.

e. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjuces-Tribunal Administrativo de Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado**, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

f. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones,***

de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente¹²:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos¹³, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30%del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el periodo demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos

12 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.
13 Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado¹⁴, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir la demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998¹⁵ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación

¹⁴ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

¹⁵ **Artículo 1º.** Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.¹⁶

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda¹⁷, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual¹⁸.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios **SOLO tiene carácter salarial**, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación

16 Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

17 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

18 Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

proferida por la Sala de Conjueces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

*A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones, pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.*

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»¹⁹.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»²⁰.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado²¹ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un

¹⁹ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

²⁰ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

²¹ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que la señora **BERTHA HOYOS DE BERNI** laboró al servicio de la Rama Judicial desempeñando el cargo de Juez de la Republica por el periodo comprendido **desde el 27 de agosto de 2001 y hasta el 31 de enero de 2017²²** y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de la prima especial de servicios, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, y a la reliquidación de su salario y de las prestaciones sociales, tomando como base el cien por ciento (100%) de su salario y no el setenta por ciento (70%), como se hizo, por todo el periodo no prescrito. De igual manera, siendo la prima solo factor salarial para cotización a pensión de jubilación, deben reliquidarse sus aportes por todo el periodo reclamado, tomando el 100% de la prima especial reclamada y consignar al fondo escogido por la demandada, las diferencias.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

²² Constancia laboral n° 834 del 30 de mayo de 2017.

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales ***se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia*** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes²³. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010²⁴ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en

²³ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²⁴ Cita de cita: Ibídem

principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial**, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial²⁵. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al

²⁵ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

manifestar²⁶ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos²⁷ . [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

*“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.
Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”*

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

²⁷ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos²⁸

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces²⁹, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969³⁰. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.
- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o

²⁸ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

²⁹ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

³⁰ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

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

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

inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)³¹.

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa³². Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.
- **De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.
- **De la tesis estricta:** esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.

³¹ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

³² *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen³³: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

³³ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

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

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con los Decretos 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **19 de mayo de 2017** y siendo el periodo reclamado el contemplado **desde el 27 de agosto de 2001 y hasta el 31 de enero de 2017**, es claro que fueron afectados con el fenómeno prescriptivo los periodos anteriores al **19 de mayo de 2014**.

LA PRESCRIPCIÓN FRENTE LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

Se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de

aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”³⁴

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante todo el periodo reclamado - **desde el 27 de agosto de 2001 y hasta el 31 de enero de 2017-**.

BONIFICACION DE ACTIVIDAD JUDICIAL

Creada por el Decreto 3131 de 2005, luego modificada por los Decretos 3382 de 2005, 2435 de 2008 y 3900 de 2008;

“Artículo 1º. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3382 de 2005. A partir del 30 de junio de 2005, créase una bonificación de actividad judicial, sin carácter salarial, que se pagará semestralmente el 30 de junio y 30 de diciembre de cada año, como un reconocimiento económico al buen desempeño de los funcionarios que ejerzan en propiedad los siguientes empleos: (...).

En las mismas condiciones, tendrán derecho a percibir esta bonificación de actividad judicial, los Procuradores Judiciales I que desempeñen el cargo en propiedad y que actúen de manera permanente como Agentes del Ministerio Público ante los servidores que ocupan los empleos señalados en este artículo.

Artículo 2º. Derogado por el art. 2, Decreto Nacional 3900 de 2008. La bonificación de actividad judicial de que trata el presente decreto no constituye factor salarial ni prestacional y no se tendrá en cuenta para determinar elementos salariales o prestaciones sociales.

Artículo 3º. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2435 de 2006. Tendrán derecho al reconocimiento y pago de la bonificación de actividad judicial los funcionarios de que trata el artículo 1º del presente decreto, siempre que cumplan con el ciento por ciento (100%) de las metas de calidad y eficiencia que, para tal efecto, en forma semestral se establezcan por la respectiva autoridad.

Parágrafo. Para el reconocimiento de la bonificación de actividad judicial el 30 de junio de 2005, no se exigirá la calificación a que se refiere este artículo, y su pago se efectuará a más tardar el 30 de septiembre del presente año.

Artículo 4º. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 3382 de 2005. Las entidades nominadoras respectivas determinarán el procedimiento, los criterios de calidad y eficiencia, así como las metas semestrales a alcanzar.

³⁴ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

Artículo 5°. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2435 de 2006. El disfrute de la bonificación de actividad judicial se perderá por retiro del cargo del funcionario, por imposición de sanción disciplinaria en el ejercicio de las funciones, por el no cumplimiento del ciento por ciento (100%) de las metas de calidad y eficiencia.

Igualmente, se perderá el disfrute de la bonificación de actividad judicial por uso de licencia no remunerada superior a dos meses, continuos o discontinuos, dentro del respectivo semestre.

Parágrafo. La pérdida del disfrute de la bonificación de actividad judicial operará en forma automática, una vez se encuentre en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción o de concesión de licencia.

Artículo 6°. La asignación de la bonificación de actividad judicial se liquidará de oficio para cada semestre por la respectiva autoridad nominadora, previa verificación de las condiciones establecidas en el presente decreto.

Artículo 7°. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 3382 de 2005. Cuando el funcionario no hubiere desempeñado el cargo durante el semestre completo o cuando haya hecho uso de licencia no remunerada por tiempo continuo o discontinuo no superior a dos meses dentro del mismo semestre, habrá lugar al reconocimiento y pago de la bonificación de actividad judicial en forma proporcional a los días laborados.

Artículo 8° El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.”

Luego el Decreto 3900 de 2008 modificó el artículo 1° de los Decretos 3382 de 2005 y 2435 de 2006;

“Artículo 1°. A partir del 1° de enero de 2009, la bonificación de actividad judicial creada mediante Decreto 3131 de 2005, modificada por el Decreto 3382 de 2005 y ajustada mediante Decretos 403 de 2006, 632 de 2007 y 671 de 2008 para jueces, fiscales y procuradores judiciales 1, **constituirá factor para efectos de determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

Artículo 2°. El presente decreto deroga a partir del 1o de enero de 2009 el artículo 2° del Decreto 3131 de 2005 y demás disposiciones que le sean contrarias.” (Subrayas y negrita de la Sala)

En principio las normas que regulan esta bonificación, predican que esta SOLO constituye factor salarial para efectos de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin embargo, se estudiará si esta prestación social, cumple con los requisitos que, a la luz de la normatividad vigente y la jurisprudencia, constituye salario y/o es factor salarial.

Los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que es y que no constituye salario:

“Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea

cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Artículo 128. Pagos que no constituyen salarios. *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”*

Al respecto de estos requisitos, dice la Sala Civil del Consejo de Estado lo siguiente:

“(…) en términos generales, constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé. Es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo”(…)”

Se deduce entonces, que dado que la bonificación por actividad judicial, se paga semestralmente, en principio no cumple con el requisito de habitualidad y de periodicidad, sin embargo, miremos cual es la opinión del Consejo de Estado, respecto de esta prestación;

“Bonificación por actividad judicial de jueces y fiscales -al no tener carácter salarial no vulnera derechos adquiridos

Respecto de los derechos adquiridos de los servidores públicos ha dicho la Sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho. La vinculación de un empleado público se produce por un acto condición que tiene por objeto colocar a una persona en situación jurídica general, preexistente de carácter objetivo y creación unilateral, modificable en cualquier momento en que sea necesario al interés público. El señalamiento de condiciones salariales y prestacionales de los servidores públicos, hacen parte de esa situación jurídica de carácter general de derecho público y es por ello eminentemente modificable. La Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15 y apartes del 14 de la Ley 4ª de 1992, en cuanto allí se contemplaba que la prima especial de servicios no tiene carácter salarial, en sentencia C-279 del 24 de junio de 1996, afirmó: En varias ocasiones, la jurisprudencia Constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991 y luego por la Corte Constitucional,

ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podrían entonces disponer que no se consideren parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales deberían haberse tenido como parte de aquel. Posición que fue reiterada en la sentencia C-081 de 2003, en los siguientes términos: (...) La Corte Constitucional examinó en su oportunidad la constitucionalidad de la expresión sin carácter salarial de los artículos 14 y 15 de la ley 4ª de 1992 y los declaró exigibles. La sentencia C-279 de 1996 estableció que el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. Más adelante afirmó que el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional. Conforme lo expuesto, considera la Sala que las normas acusadas, artículos 1º parcial y 2º del Decreto 3131 de 2005, al señalar que la bonificación por actividad judicial no tendría carácter de factor salarial ni prestacional, no desconocieron ningún derecho adquirido ni violaron las disposiciones legales y constitucionales citadas en la demanda.

La misma providencia concluyó:

“...Ahora bien, según el demandante la bonificación por actividad judicial es, a la luz de lo normado por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, un componente de la remuneración que tiene todas las características esenciales del salario, por lo que no le es permitido a la Administración suprimirle el carácter salarial.

Para la Sala no es de recibo tal razonamiento porque, contrario a lo afirmado por el actor, la bonificación de actividad judicial fue creada precisamente para mejorar el salario, es decir se trata de una suma adicional a la asignación básica, constituida, desde un principio, sin carácter salarial. Por ello resulta desacertado que se alegue una desmejora del mismo, y no puede concebirse que una disposición que tiene como finalidad mejorar las condiciones económicas de un trabajador pueda lesionar y desmejorar el derecho al trabajo.

Así las cosas, no existe una situación jurídica consolidada, por cuanto la bonificación especial no existía con anterioridad a la Ley 4ª de 1992, y además, porque las normas acusadas fueron expedidas dentro de las facultades del Gobierno, de acuerdo con los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª. de 1992, declarados exequibles por la Corte Constitucional³⁵” (subrayas de la Sala de Conjueces).

Corolario de lo anterior, quedó claro que la bonificación por actividad judicial reclamada, SOLO constituye factor salarial a efectos de determinar el ingreso base de cotización al Sistema General de Pensiones, y de acuerdo con la Ley 797 de 2003, para cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sumado a esto y la luz de la ley laboral, no cumple los requisitos para considerarla factor salarial frente a todas las prestaciones sociales. Así las cosas, la Sala rechazará

³⁵CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP. Jaime Moreno García, Bogotá DC. 19 de junio de 2008. Radicado n° 11001-0325-000-2006-00043-00(0867-06).

todas las pretensiones que aluden al reconocimiento como factor salarial de la bonificación de actividad judicial.

Finalmente, y analizada la constancia laboral aportada con la demanda, es visible que a la demandante le fue reconocida y pagada esta prestación social y además tenida en cuenta, para efectos de los aportes a salud y pensión, por lo que nada se ordenará al respecto. De acuerdo con lo discurrido, tampoco es procedente ordenar la inaplicación de los Decretos que tratan esta materia y que fueron solicitados por el demandante en las pretensiones.

17. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, los gastos procesales estuvieron a cargo de la parte demandante y este no aportó prueba al menos sumaria de ellos, por lo que no hay lugar a ordenar una condena frente a ellos.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...).”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes

(40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;
“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado³⁶, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

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

18. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

17.1. Asunto.

Obra prueba dentro del expediente que, la **Dra. BERTHA HOYOS DE BERNI** laboró al servicio de la Rama Judicial desempeñando el cargo de Juez de la Republica por el periodo comprendido entre el **desde el 27 de agosto de 2001 y hasta el 31 de enero de 2017**. De igual manera, en resumen, la demandante reclama la reliquidación de sus salarios, cesantías y prestaciones sociales teniendo como factor salarial la prima, por este mismo periodo.

17.2. Conclusiones.

³⁶ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

1. Se acoge de manera integra los postulados definidos en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado.**
2. **Inaplicar por inconstitucionales el artículo 6 del decreto 658 de 2008, artículo 8 de los decretos 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016 y 1013 de 2017 en lo que no sea contrario a la Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado.**
3. Se declara impróspera la excepción **Innominal** y próspera la excepción de prescripción, respecto de los periodos anteriores al **19 de mayo de 2014.**
4. La **Dra. BERTHA HOYOS DE BERNI** tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del sueldo básico, sumado a este y no deducido como se hizo, lo que provocó que le pagaran el 70% de su salario y sobre este porcentaje, se liquidaran las prestaciones sociales a las cuales tuvo derecho, y no respecto del 100% como debió hacerse; por lo que se accederá a la declaración de la nulidad de la **resolución DESAJMAR17-550 de 9 de junio de 2017** y del **acto administrativo ficto presunto negativo** y, en consecuencia; se ordenará a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, el reconocimiento, reliquidación de la prima especial de servicios -artículo 14 de la Ley 4ª de 1992- equivalente al 30% del 100% del salario básico mensual y pagar las diferencias adeudadas a la demandante por el periodo no prescrito comprendido **-entre el 19 de mayo de 2014 y hasta el 31 de enero de 2017-**.
5. Que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **SOLO** constituye factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y, en consecuencia; se deben negar las pretensiones relacionadas con ordenar la reliquidación de las prestaciones sociales, incluidas las cesantías y sus intereses y en consecuencia; se ordenará a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, reliquidar los aportes a pensión causados por la demandante por todo el periodo reclamado **-desde el 27 de agosto de 2001 y hasta el 31 de enero de 2017-**, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y, consignar las diferencias, al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada.
6. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.
7. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

8. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.
9. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
10. Las sumas de las que se ordena su pago, deberán reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA.

19. FALLA

PRIMERO: ACOGER de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado* y, en consecuencia;

SEGUNDO: *Inaplicar por inconstitucionales el artículo 6 del decreto 658 de 2008, artículo 8 de los decretos 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016 y 1013 de 2017 en lo que no sea contrario a la Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado.*

TERCERO: Declárense **IMPROSPERA** la excepción *Innominada* y, en consecuencia; declárense la nulidad de la *Resolución DESAJMAR17-550 de 9 de junio de 2017* y el *Acto administrativo ficto presunto negativo*. Además; se declara la **PROSPERIDAD** de la excepción de prescripción trienal laboral y, en consecuencia, la afectación con este fenómeno los periodos anteriores al *19 de mayo de 2014*.

CUARTO: **ORDENAR** a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, el reconocimiento y reliquidación de la prima especial de servicios -*artículo 14 de la Ley 4ª de 1992*- equivalente al 30% del 100% del salario básico mensual, y pagar las diferencias adeudadas a la demandante por el periodo no prescrito comprendido -*entre el 19 de mayo de 2014 y hasta el 31 de enero de 2017*-.

QUINTO: **DECLARAR** que la prima especial de servicios que se reclama, solo constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a la *pensión de jubilación* y, en consecuencia; se **ORDENA** a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** reliquidar los aportes a pensión realizados para el periodo comprendido -*desde el 27 de agosto de 2001 y hasta el 31 de enero de 2017*-, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y consignarlos al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones relacionadas con la reliquidación de las demás prestaciones sociales, teniendo a la prima reclamada como factor salarial.

SEPTIMO: NO CONDENAR en costas de ninguna clase.

OCTAVO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.

NOVENO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

DECIMO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

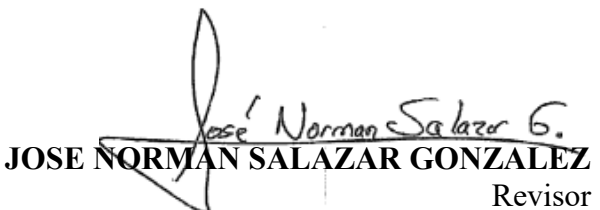
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 13 de octubre de 2023.

Los Conjueces:


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Ponente


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor


JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, tres (3) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Procede el Despacho a estudiar la legalidad del recurso de apelación instaurado por la parte demandante en contra de la sentencia n° 144 de 8 de septiembre de 2023, con ocasión del medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demandante **GLORIA ENGENIA HINCAPIE BONNET** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**.

Conforme la constancia secretarial que antecede esta providencia, ninguna de las partes manifestó su voluntad de arreglo y mucho menos, existe solicitud alguna para realizar audiencia de conciliación conforme lo ordena el numeral 2° del artículo 247 del CPACA;

“Art. 247. Modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo a las siguientes reglas:

1)., 2). Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente, citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan formula conciliatoria. 3)., 4)., 5)., 6)., y 7).” (subrayas del Despacho).

Así las cosas, procede el Despacho al estudio de la legalidad del recurso presentado por la parte demandante. Se emitió sentencia de 1° instancia, el 8 de septiembre de 2023, fue notificada a los correos de las partes, demandante y demandada, del Ministerio Público y de la Agencia Territorial para la Defensa Jurídica del Estado el 11 de septiembre de 2023. El término de ejecutoria de la sentencia se cumplió el 3 de octubre de 2023 toda vez que por acuerdo PCSJA23-12089 de 13 de septiembre de 2023, se suspendieron los términos entre el 14 y el 20 de septiembre de 2023. La parte demandada allegó al correo institucional de esta Sala de Conjueces, el recurso de alzada el 2 de octubre de 2023, lo que indica que el recurso fue interpuesto dentro del término de ejecutoria de la sentencia.

Por último, el recurso de apelación estructura los argumentos que soportan su desacuerdo y concuerdan con la tesis central de la demanda y del proceso. En consecuencia; se **CONCEDEN**, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación

17001233300020190024000

Nulidad y restablecimiento del derecho

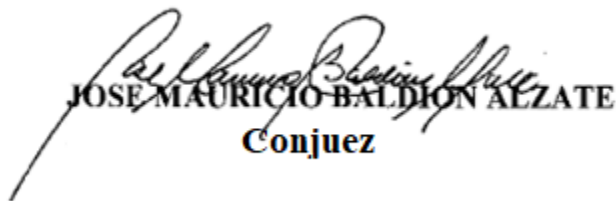
Gloria Eugenia Hincapié Bonet Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de sustanciación n° 274

interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia 144 de 5 de septiembre de 2023, que decidió la primera instancia.

Ejecutoriada esta providencia y por Secretaria, envíese el expediente electrónico al Consejo de Estado, para que se resuelva el recurso de alzada.

Notifíquese y Cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Liliana Eugenia García Maya

Conjuez Ponente

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse agotado con éxito todas las etapas procesales y pasar a despacho el pasado 15 de junio de 2023 por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** que responde al radicado n° **17001233300020210020100** en el que es demandante el señor **CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** con ponencia de esta Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. JORGE IVAN DIAZ LOPEZ** y el **Dr. TOMAS FELIPE GOMEZ MORA**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% del salario básico, además su carácter de factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la prima reclamada, también por todo el periodo en que se desempeñó como Fiscal Seccional.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos;

- ***Resolución GSA-31100-20480-0109 de 8 de abril de 2021.***
- ***Resolución n° 020 de 26 de abril de 2021.***

Condenas:

A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la demandada, lo siguiente;

2. **RECONOCER**, reintegrar y pagar al demandante **CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** la prima especial de servicios, equivalente al 30% del sueldo básico y adicional a este, desde el momento en que el demandante ocupó el cargo de Fiscal Seccional y hasta que deje su cargo. En consecuencia, la entidad demandada debe reliquidar e incluir la prima especial de servicio como un 30% adicional al salario base. Adicional a esto, deberá reliquidar e incluir en nómina, teniendo en cuenta como base la totalidad de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales y prestacionales, esto es sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% -o más- por la denominada “prima especial de servicios”.
3. **SEGUIR** liquidando al demandante de la forma correcta dispuesta por la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, esto es, incluyendo la prima especial de servicios como un 30% adicional al salario básico y/o asignación básica. Adicional a esto, debe liquidar al demandante los emolumentos prestacionales cesantías teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% -o más- por la denominada “prima especial de servicio”.
4. **PAGAR** la indexación monetaria de la prima especial de servicios dejada de percibir por el demandante desde el momento de su ingreso como Fiscal hasta su pago total.
5. **INCLUIR** en nómina y seguir pagando la asignación básica mensual más la “prima especial” de servicios equivalente al 30% al demandante, desde el momento de su ingreso en el cargo de Fiscal Seccional hasta la finalización del vínculo contractual. Esto tendrá efectos directos y circunstanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales), seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales) y demás acreencias laborales.
6. **AJUSTAR** dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustanciales del CPACA y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.

7. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de costas procesales y agencias en derecho, así como los perjuicios que con ocasión de este proceso se generen a favor del demandante.

4. HECHOS

El **Dr. CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** labora al servicio de la Fiscalía General de la Nación desempeñando el cargo de Fiscal Seccional desde el *10 de noviembre de 2016 a la fecha*.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

A través de petición presentada el *11 de febrero de 2021*, instauró derecho de petición ante la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en la que solicitó -a grandes rasgos- el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por todos los periodos que el demandante ha laborado en el cargo de Fiscal Seccional.

Dicha petición fue negada a través del *oficio GSA-31100-20480-0109 de 8 de abril de 2021*. La parte demandante se opuso a través del recurso de reposición, única oportunidad brindada por la demandada. A través de la *Resolución n° 020 de 26 de abril de 2021*, confirmó la negativa inicial.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El *13 de mayo de 2021*, el demandante por intermedio de su apoderado presentó ante la Procuraduría General de la Nación ***solicitud de conciliación***. El Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales, a quien le correspondió este trámite, se declaró impedido, sin embargo; transcurrieron más de 3 meses, sin que el Procurador General de la Nación, resolviera el impedimento.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

- 7.1. **Normas Constitucionales vulneradas:** preámbulo, artículos 1, 2, 4, 53, 93, 122, 123 y 150, numeral 19, literal e).

7.2. Normas de carácter nacional vulneradas: artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 1, 4, 9, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 127, 128 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 54 y 64 del Decreto 2699 de 1991, Decretos 1042 y 1045 de 1978, 174 y 230 de 1975, Decreto extraordinario 3135 de 1968.

7.3. Normas del derecho internacional, reconocidas por el Estado Colombiano: Artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por la Ley 74 de 1968 y normatividad de la OIT.

7.4. Jurisprudencia del Consejo de Estado: Sentencia de 29 de abril de 2014 -Sala de Conjuces- proceso 11001-03-25-000-2007-00087-00, Sentencia SU-1185 de 2001 “principio de favorabilidad laboral”, Sentencia de 27 de junio de 2012, Consejo de Estado expediente 2005-00827-00.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al liquidar las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de su salario básico mensual.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El 22 de septiembre de 2022 la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** (23ContestacionDemanda) atendió el llamado. Aceptó como cierto el hecho n° primero relacionado con el cargo ocupado por la Dr. Cesar Augusto Buitrago López, negó los hechos 2 y 3 asegurando que la entidad demandada canceló el sueldo y las prestaciones sociales al demandante, con estricto apego a la ley. De los hechos 4 a 8 dice que no son hechos, porque aluden a interpretaciones del precedente jurisprudencial. Se opuso a todas y a

cada una de las pretensiones. Como razones esbozó que son interpretaciones de ley e interpretaciones de jurisprudencia relacionada. Agregó, además, que la demandada no puede reconocer al demandante lo que la ley no le concede, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la Ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”*, en consecuencia, no puede inobservarse el tenor literal de la norma en materia prestacional y salarial que rigió para el demandante. Dijo además que el Decreto 2699 de 1991 regula el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, el cual determino el régimen salarial de sus empleados (Art. 64 parágrafo 1°) dice *“PARRAGRAFO 1°: Las personas que se vinculen por primera vez o se acojan a la escala salarial prevista en el artículo 54, solo tendrán derecho al sueldo que corresponda al cargo según la nomenclatura y escala de salarios aquí señalados; no tendrán derecho a las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación u otras especiales que estuvieren percibiendo antes de su incorporación a la nueva planta”*. Adicional a esto el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creo una prima especial de servicios que puede oscilar entre el 30% y el 60% del salario básico, y facultó al Gobierno Nacional su regulación y exceptuó de este beneficio, a los funcionarios de la Fiscalía que opten por la escala salarial de dicha entidad *“...excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del 1° de enero de 1993”*, sobre esta expresión se ha pronunciado el Consejo de Estado-Sección Segunda, el cual arribó a la conclusión que los funcionarios amparados bajo el Decreto 2699 de 1991, sea porque se acogieron de manera voluntaria a este o porque iniciaron su vinculación después de su vigencia, gracias a esta norma, reciben una escala salarial la cual en su total, es equivalente en dinero, a aquellos que reciben la prima especial de servicios, los cuales requieren la aplicación de la prima del 30%, para igualar su salario a los anteriores. Presentó las excepciones ***Cumplimiento de un deber legal, prescripción y genérica.***

De la primera excepción *-Cumplimiento de un deber legal-* explicó que el régimen prestacional y salarial de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación *-entre otros-*, esta dispuesto en la Ley 4° de 1992 y su fijación es competencia exclusiva de la Presidencia de la Republica, a la demandada solo le corresponde cumplir con la ley y la jurisprudencia, y eso es lo que ha hecho y, por ende, los actos administrativos acusados, los ampara un manto de legalidad. Respecto de la excepción de *-Prescripción-* apunto que se debe aplicar el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, es decir que en el caso en concreto se encuentran prescritas las vigencias anteriores al año 2018. Finalmente, respecto de la excepción *-Genérica-* dice que se propone con base

en las previsiones contenidas en el artículo 187 del CPACA, “*las que se desprendan de los hechos, de las pruebas y normas legales aplicables a la materia*”.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Radicada la demanda el **18 de agosto de 2021** le fue asignado el n° de radicación 17001233300020210020100 y fue repartido al Despacho 001 del Tribunal Administrativo de Caldas (*01ActaReparto*), el cual mediante providencia 30 de agosto de 2021 declaro su impedimento y fue coadyuvado por la Sala Plena de esta Corporación (*04DeclaraImpedimento*), y por medio de auto de 17 de marzo de 2022, el Consejo de Estado, aceptó el impedimento y ordenó el reparto de este expediente entre los Conjueces que hacen parte de este Tribunal (*14AceptaImpedimento*), el 30 de junio de 2022 se asignó Conjuez (*19ActaSorteoConjueces*), el 5 de agosto de 2022 se admitió la demanda (*21AdmiteDemanda*), el 18 de enero de 2023 se corrió traslado a las excepciones (*24TrasladoExcepciones*), el 26 de abril de 2023 se fijó el litigio, se agotó el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar (*28PruebasFijalitigioAlegatos*), cumplido el termino para alegar, el 15 de junio de 2023 paso el proceso a despacho para proferir sentencia (*31ADespachoParaSentencial*°).

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder del demandante **CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** para el abogado **Dr. JUAN GUILLERMO CORDOBA CORREA**, escrito de la demanda y las pruebas que la acompañan (*02DemandaAnexos*), contestación de la demanda (*23ContestacionDemanda*), poder otorgado por Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación a la abogada Dra. Yaribel Garcia Sánchez, pruebas que acompañaron las respuesta y el expediente administrativo (*23ContestacionDemanda*) y el escrito de alegatos parte demandante (*30AlegatosDemandante*).

11. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

- **En el escrito de la demanda.**

Derecho de petición de 11 de febrero de 2021, Oficio GSA-31100-20480-0109 de 8 de abril de 2021 *“por medio del cual se negó una petición”*, recurso de reposición, resolución n° 020 de 26 de abril de 2021 *“por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se confirma una decisión”*, desprendibles de nómina, certificación laboral de tiempos de servicio de 8 de abril de 2021, resoluciones que reconocen auxilio de cesantías, impedimento del Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, actos administrativos de posesión y de nombramiento (02DemandaAnexos).

b. Demandada.

Expediente administrativo (23ContestacionDemanda).

12. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 18 de enero de 2023, respecto de las excepciones. *i). cumplimiento de un deber legal, ii). prescripción y iii). genérica.*

13. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Advirtió que haría una exposición abstracta y genérica de las excepciones propuestas por la FGN *-cumplimiento de un deber legal, prescripción y genérica-*. Se refirió a la sentencia de unificación SUJ-023-CE-S2-2020 de 15 de diciembre de 2020 de la cual dice manifestó la obligatoria responsabilidad de las autoridades judiciales de generar certeza frente a las normas reglamentarias para una correcta interpretación de la ley por parte de quienes la observan y acatan, para evitar errores y/o contradictorios traducidos en la vulneración de derechos. Luego el Consejo de Estado, a través de un estudio minucioso que finalizó con la expedición de la sentencia antes mencionada, en estas quedó claro que la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 surgió con la necesidad de reglamentar el régimen salarial de los servidores públicos, con la finalidad de no desmejorar las condiciones salariales, sin embargo; para los fiscales la inclusión de esta prima llegó con la expedición de la Ley 476 de 1998 que modificó el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992; *“...a partir de la entrada en vigor de esta norma, la prima especial de servicios debe reconocerse a los fiscales que se hayan acogido al régimen salarial y prestacional consagrado en el decreto 53 de 1993, así como a quienes se hayan vinculado de manera posterior.”*, en las mismas condiciones establecidas por la Ley 4ª de 1992 es decir, equivalente al 30% del salario básico mensual y como una adición a este.

De igual manera; tal como está probado en el expediente y como lo dedujo la sentencia de unificación, la demandada del salario básico del demandante, extrajo el 30% de este y lo presentó como prima, lo que evidencio el error cometido por esta, en disminuir el salario del demandante. Solicitó se nieguen las excepciones presentadas por la parte demandada y se acceda a todas las pretensiones.

15. ALEGACIONES FINALES

Solo la parte demandante aprovechó esta oportunidad, sin embargo, sus alegatos presentaron los mismos argumentos expuestos en el pronunciamiento de las excepciones y sin agregar nada nuevo.

16. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 17 de marzo de 2022 (*14AceptaImpedimento*) que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 30 de junio de 2022 (*19ActaSorteoConjuces*).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala repasa las actuaciones hasta este momento superadas y no encuentra circunstancias que puedan viciar o anular las actuaciones hasta ahora surtidas.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

a). ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?

b). ¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?

c). ¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?

d. Cuestión primaria

d.1. Excepciones.

Fueron propuestas por la demandada las excepciones de **(i) Cumplimiento de un deber legal, (ii). Prescripción y, (iii). Genérica**, de ahí que sea necesario resolverlas, antes de entrar a resolver de fondo en esta sentencia.

(i). Cumplimiento de un deber legal.

La demandada confundió la interpretación que le dio al artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en concordancia con la Ley 476 de 1998, este error apoyado por los Decretos Presidenciales que al regularla, le introdujeron la frase “prima no salarial”, lo que dio una sensación de obrar correctamente y conforme a la Ley, de la demandada, por lo que al aplicar lo que erradamente comprendió de la prima especial de servicios, desmejoró el salario del demandante, sin embargo, la jurisprudencia del Concejo de Estado, finalmente fijó la manera correcta en que se debe aplicar la prima especial de servicios, por lo que no le asiste razón a la demandada cuando alega esta excepción, pues pese a que hubo actuaciones de otras entidades publicas que apoyaban su tesis, del estudio realizado por el ente superior, quedo en evidencia el desconocimiento de la demandada de algunos principios constitucionales mínimos, como la prohibición a desmejorar el sueldo del trabajador.

(ii). Prescripción.

Frente a esta excepción y en estricta aplicación de la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019, se advierte que prescriben todos los periodos anteriores al 11 de febrero de 2018, por lo que se declara probada parcialmente esta excepción.

(iii). Genérica.

Realizado el estudio a profundidad de este proceso, la Sala no encuentra otra excepción de la que sea necesaria su declaración.

En consecuencia, se declarará **PROBADA** parcialmente la excepción de prescripción trienal laboral y **NO PROBADAS** las excepciones de cumplimiento de un deber legal y genérica.

e. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjueces-Tribunal Administrativo de

Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la ***Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado***, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales inferen el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

f. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas

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

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales***, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de

servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente¹:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)	Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)
Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario sin prima: \$7.000.000 Total a pagar al servidor: \$10.000.000	Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario más prima: \$13.000.000 Total a pagar al servidor: \$13.000.000

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos², se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30%del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional

1 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

2 Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2° de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado³, la cual concluyó que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir la demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 *“Por la cual se*

³ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1°.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁴ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁵

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁶, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁷.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

⁴ **Artículo 1°.** Aclárese el artículo 1° de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6° del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁵ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁶ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁷ Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, l|as prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios **SOLO tiene carácter salarial**, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

*A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.*

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁸.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»⁹.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹⁰ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A LOS FISCALES

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

⁸Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

⁹ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que el señor **CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** labora al servicio de la Fiscalía General de la Nación desempeñando el cargo de Fiscal Seccional desde el **10 de noviembre de 2016** y aún se encuentra vigente su vinculación; y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de la prima especial de servicios¹¹, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, por los periodos no prescritos y hasta de deje de ocupar el cargo de Fiscal Seccional o termine su vinculación laboral a la Fiscalía General de la Nación.

De igual manera, del análisis de las pruebas allegadas con la demanda, se hizo evidente que la liquidación de las prestaciones sociales a las que tiene derecho, se hizo tomando el 70% de su salario básico, por considerar que el 30% restante se trataba de la prima especial de servicios, por lo que la demandada debe corregir este error.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL **-Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-**

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales *se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia* que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año

¹¹Desprendibles de nómina obrantes en el archivo -02DemandaAnexos-.

2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹². Así las cosas, **el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7° del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios.** Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹³ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues

¹² Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Cita de cita: Ibídem

*tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriada este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial**, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁴. Ahora, si

¹⁴ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁵ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁶ . [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁶ La sentencia que declaró nulo el artículo 7º del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7º del Decreto 50 de 1998 y 8º del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

Claramente, no basta con él solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁷

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjueces¹⁸, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación

*“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: **¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?***

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁹. De conformidad con estas normas, la

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

¹⁸ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

¹⁹ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** *hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²⁰.*

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** *esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o*

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

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

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

²⁰ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

beneficiarse de su propia culpa²¹. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- **De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.**
- **De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.**

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²²: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del

²¹ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

²² Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

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

derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí

se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con los Decretos 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **11 de febrero de 2021**, teniendo protegidos hasta el **11 de febrero de 2018**, lo que significa que todos los periodos anteriores a esta fecha, prescribieron.

LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LAS CESANTIAS Y LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

- ***De las cesantías y sus intereses.***

En vista que la demanda trae consigo varias pretensiones en las cuales solicita -a groso modo- la reliquidación de las cesantías y de sus intereses, se hace necesario pronunciarse al respecto, en tanto, hasta acá el periodo reclamado se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción.

Ahora bien, del análisis probatorio (resoluciones que reconocen y pagan unas cesantías folios 245-281 C.1), es claro que las cesantías causadas durante el periodo en que el demandante ocupó el cargo de Juez de la Republica, incluyendo el periodo reclamado, fueron reconocidas y pagadas a la Dra. Henao Muñoz, sin embargo, como ya se dijo, la prima especial de servicios solo constituye factor salarial para efectos de los aportes a la pensión de jubilación y siendo las cesantías parte del grupo de prestaciones sociales, que le corresponden por ley al demandante, no es posible ordenar su reliquidación, en consecuencia, debe negarse toda pretensión que solicite algo relacionados con estas, pues no se trata de reclamar un pago que no se ha hecho, sino, que la petición se centra en su reliquidación teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial, situación, que como ya se dijo, no se da.

- ***De los aportes a pensión.***

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²³

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante todo el periodo reclamado desde **el 10 de noviembre de 2016** y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, o hasta que deje de ocupar el cargo de Fiscal Seccional o hasta que finalice su vinculación laboral en la demandada, lo que ocurra primero.

17. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la

²³ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, los gastos procesales estuvieron a cargo de la parte demandante y este no aportó prueba al menos sumaria de ellos, por lo que no hay lugar a ordenar una condena frente a ellos.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...).”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁴, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no

²⁴ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de

señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.»

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

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

18. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

17.1. Asunto.

Obra prueba dentro del expediente que, el **Dr. CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** labora al servicio de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** desempeñando el cargo de **FISCAL SECCIONAL** desde **el 10 de noviembre de 2016** a la fecha. De igual manera, en resumen, el demandante reclama la reliquidación de sus salarios, cesantías y prestaciones sociales teniendo como factor salarial la prima, por este mismo periodo.

17.2. Conclusiones.

1. Se declaran **IMPROSPERAS** las excepciones de **Cumplimiento de un deber legal** y **Genérica** y la **PROPERIDAD PARCIAL** de la excepción de **Prescripción**, respecto de los periodos anteriores al 11 de febrero de 2018, y en consecuencia se declara la nulidad de los actos administrativos acusados.
2. El **Dr. CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** tenía derecho al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el

conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia precisa que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del sueldo básico, sumado a este y no deducido como se hizo, lo que provocó que le pagaran el 70% de su salario y sobre este porcentaje, se liquidaran las prestaciones sociales a las cuales tuvo derecho, y no respecto del 100% como debió hacerse; en consecuencia, se ordenará el pago de la prima especial de servicios por el periodo comprendido entre el **11 de febrero de 2018** y hasta que cobre ejecutoria esta sentencia, o deje de ocupar el cargo de Fiscal Seccional o finalice su vinculación laboral a la demandada.

De igual manera, debe la Demandada reliquidar las prestaciones sociales a las que tuvo derecho el demandante, sobre el 100% del salario básico y pagarle las diferencias adeudadas, por el periodo comprendido desde el **11 de febrero de 2018** y hasta que cobre ejecutoria esta sentencia, o deje de ocupar el cargo de Fiscal Seccional o finalice su vinculación laboral a la demandada.

3. Que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **SOLO** constituye factor salarial para efectos de los aportes a pensión de jubilación y, en consecuencia; se ordenará a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** reliquidar los aportes a pensión desde el mismo día en que inicio su vinculación a la demandada **-10 de noviembre de 2016-** y hasta que cobre ejecutoria esta sentencia, o deje de ocupar el cargo de Fiscal Seccional o finalice su vinculación laboral a la demandada, y consignar las diferencias al fondo elegido por el demandante.
4. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.
5. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:
$$R: \frac{\text{Rh} \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$
6. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.
7. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.

8. Las sumas de las que se ordena su pago, deberá reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA.

19. FALLA

PRIMERO: **ACOGER** de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado* y, en consecuencia;

SEGUNDO: Se declaran **IMPROSPERAS** las excepciones de *Cumplimiento de un deber legal* y *Genérica* y la **PROPERIDAD PARCIAL** de la excepción de *Prescripción*, respecto de los periodos anteriores al *11 de febrero de 2018*, y en consecuencia se declara la nulidad de la *Resolución GSA-31100-20480-0109 de 8 de abril de 2021 y la Resolución n° 020 de 26 de abril de 2021*.

TERCERO: **CONDENAR** a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, y en consecuencia ordenarle el reconocimiento y pago a favor del demandante del valor no pagado, por concepto de prima especial de servicios equivalente al 30% del total del sueldo básico, devengado por él, desde el *11 de febrero de 2018 y hasta la ejecutoria de esta sentencia o hasta que se dé su retiro definitivo, -lo que suceda primero-*, siempre que por dicho periodo se cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en concordancia con la Sentencia de Unificación *-SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado*.

CUARTO: **DECLARAR** que la prima especial de servicios que se reclama, constituye **FACTOR SALARIAL** únicamente respecto a la *pensión de jubilación* y, en consecuencia; se **NIEGA** las pretensiones, que reclamaban su reconocimiento y la reliquidación de las prestaciones sociales con inclusión de la prima, por los periodos reclamados.

QUINTO: **ORDENAR** a la demandada, realizar las siguientes reliquidaciones;

- a. **RELIQUIDAR** las prestaciones sociales que le fueron pagadas al demandante y a las cuales tiene derecho, teniendo en cuenta que la prima especial de servicios **NO constituye factor salarial**, tomando como base el 100% del salario base y no el 70% y pagar las diferencias adeudadas, desde el *11 de febrero de 2018 y hasta que deje de ocupar dicho cargo o hasta la ejecutoria de esta sentencia, lo que suceda primero-*.

- b. RELIQUIDAR** los aportes a pensión, tomando como base el 100% del salario básico y teniendo en cuenta que, para este caso, la prima especial de servicios ***SI constituye factor salarial*** y consignar al fondo de pensiones, las diferencias adeudadas por todo el periodo reclamado e incluso hasta la ejecutoria de esta sentencia o su retiro definitivo-.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 187, 189 y 192 del CPACA.

OCTAVO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

NOVENO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 13 de octubre de 2023.

Los Conjueces;



LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Ponente



JORGE IVAN LOPEZ DIAZ

Revisor



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Revisor

CONSTANCIA SECRETARIAL: el presente medio de control de reparación directa fue devuelto del H. Consejo de Estado, revocando la sentencia del 30 de noviembre del 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó.

Consta de nueve (9) cuadernos en el expediente físico.

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-31-000-1999-00952-02
Proceso: Acción de Reparación Directa
Demandante: Unión Temporal Ambientronika Ltda, Roberto Jaramillo Cárdenas y otros.
Demandado: Departamento de Caldas, Municipio de Anserma, Municipio de Belalcázar, Municipio de Risaralda, Municipio de Viterbo, Municipio de Riosucio, Municipio de San José, Municipio de Quinchía y Municipio de Guática.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 070

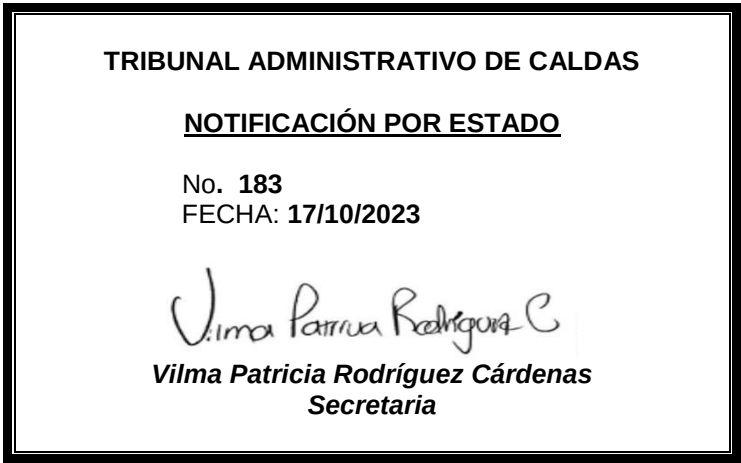
Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado revocó la sentencia del 30 de noviembre del 2004 proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense 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



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: 5f598d83c00da5df6766c8b6e16f2335775a0bb0f838544a5aeaecf1b7035bab
Documento generado en 13/10/2023 07:20:32 AM

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 reparación directa fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando la sentencia del 12 de julio del 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de ocho (08) cuadernos en el expediente físico.

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-31-000-2012-00213-01 (58053)
Proceso: Acción de Reparación Directa
Demandante: Francisco José Barbier López
Demandado: Departamento de Caldas y el Municipio de Belalcázar.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 071

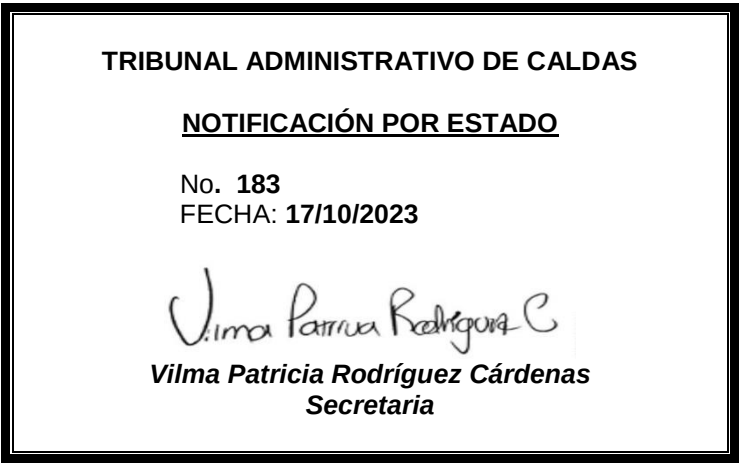
Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó la sentencia del 12 de julio del 2016, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense 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



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: 03c89edf4a7afa35131f87c55196b5cf12baaedd39ed46df526ae3ecdcc264b9
Documento generado en 13/10/2023 07:21:46 AM

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