

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001 23 33 000 2003 00866 00
Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante	Luis Eduardo Hincapié Medina y otros
Demandado	Empocaldas y otros

I. Consideraciones

Dentro del asunto de la referencia, el demandante Luis Eduardo Hincapié Medina allegó memorial solicitando audiencia presencial de verificación manifestando que, Empocaldas ha recibido de buena fe la obra de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales -PTAR-nueva ubicada en el área de Guarinocito; pues la empresa constructora de dicha obra hídrica le entregó la factoría de procesamiento de aguas servidas, a Empocaldas, no obstante afirma que, no se ha dado cumplimiento a la sentencia proferida dentro del medio de control de la referencia.

Sostiene que, la empresa constructora entregó la obra, pero sin cumplir con sus objetivos y alcances dentro del proyecto de construcción, quedando ésta, por lo que solicita se decrete una inspección ocular al lugar.

Mediante auto de 9 de junio de 2023, este Despacho puso en conocimiento de las accionadas Empresa de Obras Sanitarias de Caldas – Empocaldas -, y, Cormagdalena el memorial allegado pronunciándose ambas entidades como consta en los documentos 79 y 80 del expediente digital.

La demandada Empocaldas da respuesta indicando que, suscribió contrato interadministrativo con el municipio de La Dorada, con el objeto *“Contrato de aporte bajo condición para entregar la administración, operación, mantenimiento inversión y puesta en funcionamiento de la infraestructura del sistema de alcantarillado sanitario y planta de tratamiento de aguas residuales, del corregimiento de Guarinocito del municipio de la Dorada, Caldas”*, y que, dando cumplimiento al contrato, la entrega de la PTAR se realizaría posterior a las campañas de socialización y sensibilización a cargo de la alcaldía de la Dorada; y según información del 14 de junio de 2023 de la alcaldía municipal de la Dorada, la PTAR se encuentra en funcionamiento y operando a cabalidad; obra que fue entregada no a Empocaldas sino al departamento de Caldas, y que las adecuaciones y mejoras en la PTAR no pueden llevarse a cabo,

hasta tanto no se realice la entrega efectiva al municipio de La Dorada, adelantando Empocaldas todas las gestiones necesarias para cumplir con la sentencia del asunto de la referencia; no obstante, para que se cumpla a cabalidad, se hace necesario que el municipio haga las gestiones necesarias para recibir la planta y administrarla.

Por su parte, la demandada Cormagdalena, exponiendo que suscribió el contrato 1-006-2014 cuyo objeto era *“Aunar esfuerzos para adelantar acciones de intervención en el sistema charca de Guarinocito, en el marco de la acción popular de la charca de Guarinocito”*, el cual comenzó a ejecutarse el 12 de enero de 2015, y terminó el 15 de mayo de 2017 y el acta de liquidación se suscribió el 22 de diciembre de 2017.

Aporta un oficio de 12 de julio de 2023 enviado por el Secretario de Planeación municipal a Cormagdalena, en el cual informa las gestiones realizadas para dar cumplimiento a la sentencia proferida en el asunto de la referencia, de lo que se extrae que, el 16 de diciembre de 2022, la gobernación de Caldas, recibió las obras correspondientes al contrato de manejo integral de la PTAR corregimiento de Guarinocito fase 1, la cual tiene *“tanque de almacenamiento primera lluvia, canal de entrada para sólidos gruesos, estación de bombeo Nro. 1, tanque de cribado con rejillas, desarenadores y canal de aforo, clarificador primario, pozo de bombeo Nro. 1, estación de bombeo Nro. 2, filtro percolador, clarificador secundario, pozo de bombeo Nro. 2, tanque de concentrador de lodos, tanque digestor de lodos, lechos de secado, oficina – laboratorio – bodega, caseta planta de emergencia, vivienda para operador de la planta, tubería PVC presión y tubería PVC corrugada.”*; y, que se suscribió contrato con Corpocaldas, para formular el plan de manejo de varias zonas de Guarinocito, compuesta por la Charca entre otras.

En el informe se menciona que, pese a que la PTAR se encuentra en funcionamiento, se espera la entrega de la nueva infraestructura como aporte bajo condición a Empocaldas SA ESP y precisa:

“(…) Ahora bien, para este despacho es importante dejar claro, que con el funcionamiento de la nueva PTAR, se conducen las aguas residuales directamente hacia el Río Magdalena, de manera que, para este caso particular del territorio, esta infraestructura tiene por objeto atender el problema de contaminación de la Charca de Guarinocito, proveniente de la descarga de aguas residuales de la población. Dando lugar a un sistema de tratamiento alternativo más eficiente y moderno que permita la entrega al río Magdalena de manera segura; un tratamiento adecuado tanto para las aguas servidas, como para cuando se presenten incrementos de caudal por la lluvia, los cuales anteriormente sobrepasaban la capacidad hidráulica de la planta antigua y obligaban a verter su contenido en la charca.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta administración municipal y la Gobernación de Caldas, pretenden darle prioridad a la conservación del recurso hídrico en cuencas y ríos mediante el saneamiento básico, generando obras que permitan mitigar el vertimiento directo de aguas servidas en las que prolifera la contaminación y disminuyen la vida en nuestro ecosistema.

Lo anterior en procura del bienestar integral de los ciudadanos, mejorando las condiciones de salud, condiciones de calidad de vida y bienestar, contribución al cuidado y conservación del medio ambiente y los ecosistemas. (…)

Ahora bien, mediante sentencia proferida por este Tribunal el 6 de enero de 2006, la cual fue modificada mediante sentencia de 27 de octubre de 2011 por el Consejo de Estado se resolvió:

“CUARTO: Como consecuencia, para restituir las cosas a su estado anterior, esto es, para lograr la descontaminación y posterior preservación de la charca de GUARINOCITO, se ordena lo siguiente:

1°. (...) 2° CORPOCALDAS Y EL MUNICIPIO DE LA DORADA, con el obligado acompañamiento de CORMAGDALENA, INCODER y EMPOCALDAS, en aquellos aspectos que sean de sus respectivas competencias y en los que dispongan de recursos humanos, económicos, técnicos, tecnológicos o de equipos, en acatamiento de la jerarquía señalada dentro del Sistema Nacional Ambiental, SINA, conforme lo dispone el parágrafo del artículo 4°. de la Ley 99 de 1993, y siguiendo las políticas y directrices trazadas por el MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, procederán de manera armónica y coordinada a tomar las medidas necesarias para dar solución paulatina, pero irrevocable a los problemas que integran el cuadro complejo que, en esencia, afectan a la Charca de Guarinocito y que han sido determinadas en el dictamen pericial y en otros medios probatorios practicados a lo largo del proceso, así:

-La tala de los bosques naturales por parte de los finqueros para adecuarlas tierras a una explotación intensiva, incluso el bosque de galería, localizado a lo largo de los cauces. Así mismo el control del uso de agroquímicos, que contribuye a la eutrofización de la Charca.

-La práctica de una ganadería intensiva, que conduce a seleccionar especies a plantar como el pasto alemán calificado como muy invasor. Las prácticas asociadas a esta actividad genera contaminantes que finalmente tienen como destino las fuentes de agua y la Charca.

-La creciente sedimentación generada por los cúmulos de basuras arrojados a la charca. -Arrastre de material de la quebrada Burras, por la gran deforestación que se presenta en las partes altas de la cuenca.

-La conexión del sistema de alcantarillado de Guarinocito, directamente a la Charca, sin tratamiento alguno.

-El vertimiento de aguas residuales a la Charca por parte de medianos y pequeños industriales lácteos y porcícolas. -El turismo y las repercusiones que trae consigo, cuando no se tiene una clara conciencia ambiental, para lo cual deberán instrumentarse campañas de sensibilización y cultura ciudadana en torno al cuidado y conservación del ambiente y, específicamente, de la Charca de Guarinocito.

-La utilización de motores fuera de borda en el perímetro de la Charca. -El crecimiento acelerado de plantas acuáticas como el buchón que disminuye y asfixia el espejo de agua, por el aporte de materia orgánica y de fosfatos.

-Los derrames de oleaginosos generados por las estaciones de servicio, arrastrados por las aguas lluvias a la Charca.

-La falta de control de la actividad que se desarrolla hace muchísimos años en los chorros y en las orillas de la Charca de lavado de carros, motos, bicicletas, ropa, y pescado.

-El lavado y desinfección de piscinas, con productos como cloro, detergente y jabones. -El inadecuado manejo que en su momento se dio o se pueda dar de nuevo en el futuro a las jaulas para la cría de peces por parte de los pescadores, de lo cual existen reportes en Corpocaldas.

-El manejo inadecuado del sistema de aguas negras de las viviendas cercanas a la Charca. -El sistema de alcantarillado de Guarinocito, por permitir la conexión errada de las aguas lluvias del centro poblado, y de un canal al cual son vertidas aguas residuales industriales y basuras. Para el cumplimiento de lo establecido en este punto se concede un

término máximo de seis meses para iniciar esas actividades y doce meses para concluir las, todo lo anterior encaminado a que la Charca recobre y conserve su biodiversidad en condiciones que garanticen un concepto integral de desarrollo sostenible y conservación íntegra del ambiente.

De igual manera, para el cumplimiento de lo aquí ordenado, las entidades comprometidas harán todos los ajustes y gestiones que resulten necesarios dentro de sus respectivos planes de desarrollo, o en los programas o proyectos que les dan ejecución, así como en sus respectivos presupuestos.

Las entidades aquí comprometidas y obligadas, tomarán como fundamento de su actividad, junto con los demás de orden científico y técnico que ellas mismas vayan elaborando y validando, el dictamen pericial practicado en el curso de la presente actuación.

3º. En el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, CORPOCALDAS y el MUNICIPIO DE LA DORADA, en uso de sus facultades legales en materia de control policivo, deberán proceder a adelantar los procesos administrativos tendientes a revocar los permisos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente cuando quiera que no se estén acatando las condiciones y exigencias normativamente establecidas o no se estén cumpliendo de acuerdo con los términos definidos en el acto que los autoriza.

4º. EMPOCALDAS S.A E.S.P., en coordinación y con el apoyo de la demás entidades declaradas responsables y de manera principal del municipio de La Dorada, en lo que se relaciona con la competencia propia de este último de ejecutar las obras de infraestructura para la separación de las aguas de origen pluvial de las aguas procedentes del alcantarillado -, deberá realizar las adecuaciones y mejoras que requiere la Planta de Tratamiento de su propiedad para ponerla en capacidad de tratar en óptimas condiciones el efluente residual que la comunidad esté vertiendo a las mismas, para cuyo efecto atenderá las conclusiones establecidas en el dictamen pericial practicado durante el presente proceso. Para el cumplimiento de lo establecido en este punto se concede un término máximo de seis meses para iniciar esas actividades y otros doce meses para concluir las.

5º. INCODER, en uso de las atribuciones que le son propias deberá proceder a revisar y reordenar integralmente el tema atinente al más adecuado uso y aprovechamiento de las aguas y las tierras que circundan la Charca de Guarinocito y que conforman su entorno, así como, de manera muy especial, la regulación, autorización y control del ejercicio de la actividad pesquera y acuícola para asegurar el aprovechamiento sostenible de tales recursos, en rigurosa y estricta coordinación con el MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, CORPOCALDAS, CORMAGDALENA y el MUNICIPIO DE LA DORADA, lo que deberá iniciarse en un término de cuatro meses y deberá finalizarse en cuatro meses posteriores al comienzo del respectivo control.

QUINTO: Se ordena a (...) la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS, "CORPOCALDAS", al MUNICIPIO DE LA DORADA, a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS S.A. E.S.P. "EMPOCALDAS", a la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA "CORMAGDALENA" y al INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL "INCODER" que, a través de toda la actuación a que dé origen la presente Sentencia, se garantice la efectividad de todos los mecanismos de participación ciudadana y comunitaria, de manera que su ejercicio permita el mayor conocimiento y acceso posible a las actuaciones y decisiones de las entidades públicas comprometidas en la garantía de la integridad de los derechos colectivos amparados.

Así mismo, dentro de las medidas que se instrumenten a fin de dar

cumplimiento a esta Sentencia, se hará extensiva la responsabilidad de conservación ambiental de la Charca de Guarinocito a toda la comunidad que la habita y circunda, y a quienes la visitan en calidad de turistas o por cualquier otro motivo, de manera que cese toda eventual contribución al daño ecológico que padece actualmente la Charca, que por su parte se esté propiciando, para cuyo logro se intensificarán las campañas de sensibilización frente a la necesidad de conservación del ambiente y consolidación de un espíritu de preservación de este patrimonio natural de la humanidad.

Las Entidades cuya responsabilidad se declara mediante la presente Sentencia, velarán por el íntegro cumplimiento de esta obligación de la comunidad habitante en el entorno de la Charca y de sus visitantes, dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales”.

Sea lo primero precisar que, lo que se solicita en el memorial es una audiencia presencial de verificación, afirmando que, no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia, porque la PTAR fue entregada, pero sin cumplir con su objetivo y que la misma no está terminada.

Con las respuestas brindadas por Empocaldas y Cormagdalena, se advierte que, la PTAR efectivamente se construyó, está en funcionamiento y se entregó al departamento de Caldas; y que la conducción de aguas residuales de la PTAR ataca directamente el problema de contaminación de la Charca de Guarinocito, proveniente de la descarga de aguas residuales de la población, situación con la que se evidencia que, se han realizado las acciones tendientes al cuidado y descontaminación de la Charca, con la recuperación de su entorno, siendo la PTAR el centro de la discusión en este caso, y contrario a lo afirmado por el accionante, la PTAR fue entregada y se encuentra en funcionamiento cumpliendo su objetivo; sin que a la fecha exista prueba de las falencias a que hace referencia el demandante.

Así mismo, se expuso que, pese a que la PTAR está terminada, entregada y, en funcionamiento, ésta requiere de unas adecuaciones que debe realizar el municipio de la Dorada, y para ello debe suscribirse un contrato de aporte bajo condición, para que pueda ser administrada en ese momento por Empocaldas; el cual se suscribió efectivamente el 2 de marzo de 2023, entre Empocaldas y el municipio de la Dorada el contrato interadministrativo de aporte bajo condición, para entregar a la administración la operación, mantenimiento, inversión y puesta en funcionamiento de la infraestructura del sistema de alcantarillado sanitario de la PTAR del corregimiento de Guarinocito.

Ahora, se expone que, las adecuaciones y mejoras en la PTAR no pueden realizarse, hasta tanto no se haga la entrega efectiva al municipio de La Dorada; no obstante las entidades mencionadas han acreditado el cumplimiento no solo de las obligaciones a su cargo impuestas en la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia, sino, las demás encaminadas a continuar con el funcionamiento adecuado de la PTAR y la correcta administración de la misma.

Por lo expuesto, para este Despacho se hace innecesario hacer una audiencia

presencial de verificación, por cuanto las respuestas, informes y documentos aportados resultan ser suficientes para evidenciar el cumplimiento del fallo proferido; y tampoco encuentra mérito este Despacho para iniciar un incidente de desacato en contra de las accionadas, porque se itera, han demostrado haber ejecutado las acciones ordenadas.

Y, frente a la manifestación inicial del accionante, con relación a una inspección judicial al lugar, no hay lugar al decreto de la misma, por ser éste un medio de prueba que corresponde a un momento procesal diferente al que se encuentra el proceso, que es solamente de verificación, por cuanto el proceso como tal ya culminó.

Por lo expuesto, se

II. Resuelve:

Primero: Negar la inspección judicial solicitada por el accionante.

Segundo: No realizar audiencia presencial de verificación, por lo considerado.

Tercero: Abstenerse de abrir incidente de desacato en contra de **Empocaldas SA ESP – Cormagdalena**.

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: **7367b6d021b295daa8793aa9dd84ecff4b469234fc1d298d4b8823a41e984d2f**

Documento generado en 24/10/2023 03:40:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Sala Sexta de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: ACCIÓN DE GRUPO
DEMANDANTES: JUAN DE JESÚS OSPINA, ADELAIDA VASQUEZ ARIAS, ALCIDES CARDONA ZULUAGA, AMPARO CANDAMIL, AMPARO GÓMEZ, ANA LUCÍA PEREIRA B., ANCIZAR BEDOYA, ANDRÉS FELIPE ARIAS M., ANGELA MARÍA LONDOÑO, ARMANDO GÓNZALEZ G., AUGUSTO ARISTIZABAL, BELSY PATRICIA GARCIA, BERNARDO ANTONIO ALZATE MARIN, BERNARDO ARTURO HERNÁNDEZ, BLANCA BEDOYA CARVAJAL, CAMELIA GONZÁLEZ, CARLOS JOSÉ VICTORIA, CLAUDIA NIDIA CASTRO, DANIEL ANTONIO SERNA, DIANA MARCELA SIERRA, DIANA PATRICIA MUÑOZ CUERVO, DIEGO FERNANDO GIRALDO LÓPEZ, DIOSELINA ROJAS, EDWIN GUTIERREZ ARISTIZABAL, ERICK GUTIERREZ ARISTIZABAL, FARID ARISTIZABAL, FERNANDO GOMEZ CHICA, FERNANDO GONZALEZ CARMONA, FRANCISCO JAVIER GIRALDO VARGAS, GABRIEL EDUARDO CANO J., GERMÁN RIVERA ARISTIZABAL, GLORIA ESTELLA ZULUAGA R., GUSTAVO GUZMÁN AGUILAR, HERNAN ESPINOSA, INÉS GIRALDO DE RIVERA, JAIRO AGUDELO SILVA, JAVIER DIAZ AGUIRRE, JAVIER ECHAVARRIA C., JESUS EDGAR CHICA, JORGE ANDRÉS GÓMEZ M., JORGE ENRIQUE RIOS O., JORGE HUMBERTO RESTREPO, JORGE WILDER PARRA GARZÓN, JORGE WILLMAR LÓPEZ, JOSÉ DUVÁN ZULUAGA, JOSÉ EVER CARDONA, JOSÉ FERNANDO GALVEZ C., JOSÉ FERNANDO GALVIS, JOSÉ FERNANDO RODAS R., JOSÉ MARIO MARTINEZ VILLA, JOSÉ OCTAVIO GIRALDO VARGAS, JOSÉ URIEL MARIN ISAZA, JUAN ALONSO LÓPEZ HOYOS, JUAN CARLOS JIMÉNEZ, JUAN DAVID LONDOÑO, JUAN DAVID RAMIREZ, JUAN ESTEBAN CARDONA, LUIS ENRIQUE FRANCO, LUIS EVELIO ARISTIZABAL, LUISA FERNANDA TRUJILLO, LUZ ESTELLA RODAS RIVERA, LUZ MARIA VELÁSQUEZ D., MARIA E.

GOMEZ, MARIA ELSY GIL DE O., MARIA FRANCIA LÓPEZ, MARIA LUCY ARIAS OCAMPO, MARÍA RUBIALBA ARISTIZABAL, MARÍA TERESA ARBELAEZ, MARLENY ARIAS OCAMPO, MELVA BOTERO, MIGUEL CASTRO, NORA LUCY CEBALLOS, NORMA GOMEZ M., OLGA LILIANA OSORIO, OSCAR BAENA GÓMEZ, OSCAR LEANDRO PINEDA, PABLO PACHÓN M., PASTORA URREGO GONZALEZ, PAULA ANDREA LONDOÑO, PEDRO FRANCISCO VARGAS RIVERA, RAMIRO RODAS TOVAR, ROCIO RODAS RIVERA, YOLANDA ECHEVERRI CUARTAS, ZULMA INÉS GUTIERREZ A., ANDRES FELIPE GONZALEZ, MARIA GISELLY SALAZAR, LUIS ENRIQUE PEÑA MENDEZ, MARY ARIAS, VALENTIN ARANZAZU, ELIZABETH CORREA GALVEZ, JAVIER ZAMORA, RUBEN ESTRADA.

DEMANDADOS: MUNICIPIO DE MANIZALES, COOPERATIVA UNIÓN DE TRANSPORTADORES –UNITRANS-, TRANSPORTES GRAN CALDAS SA, SOCIEDAD COORDINADORA DE BUSES URBANOS DE MANIZALES SA – SOCOBUSES SA-AUTOLEGAL SA, EXPRESO SIDERAL SA.

DENUNCIADO EN PLEITO: ECOPETROL SA.

RADICACIÓN: 17 001 33 31 002 2006 00097 04

SENTENCIA: 142

Manizales, veinticuatro (24) octubre de dos mil veintitrés (2023)

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

§01. **Síntesis:** El grupo demandante solicita el pago de perjuicios por la contaminación de la carrera 21 por el transporte público de pasajeros, reconocida en una acción popular. La sentencia de primera instancia no accedió a las pretensiones. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia, pues la contaminación no es sinónimo de daño ambiental, y no se demostró que los perjuicios tengan nexo causal jurídicamente relevante con la contaminación.

Asunto

§02. Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de mayo de 2017 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda (fs. 340 a 367 c.1)

1.1.1 Pretensiones

§03. La demanda pretende que se declare que los demandados: MUNICIPIO DE MANIZALES, COOPERATIVA UNIÓN DE TRANSPORTADORES – en adelante UNITRANS-, TRANSPORTES GRAN CALDAS SA, SOCIEDAD COORDINADORA DE BUSES URBANOS DE MANIZALES SA – en adelante SOCOBUSES SA-, AUTOLEGAL SA, EXPRESO SIDERAL SA., son solidaria y administrativamente responsables de la contaminación del medio ambiente del sector comprendido entre las calles 21 y 30 con la carrera 21 de la ciudad de Manizales, como de los daños patrimoniales y extra patrimoniales ocasionados a los demandantes y a todos aquellos a quienes en la oportunidad legal hagan valer sus derechos.

§04. En consecuencia, se le condene a la reparación integral, equidad y con criterios técnicos actuariales, de los daños. Esto, con base en la suma que reemplace lo que costaba 1000 gramos oro a la fecha del 1º de enero de 1981, o sea, de \$976.950, de conformidad la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor –en adelante **IPC**-, se actualice en salarios mínimos legales mensuales vigentes – en adelante **smlmv**-, es decir 180 smlmv. Adicionalmente, que el tope máximo sea hasta 1000 smlmv, conforme al artículo 97 del CP.

§05. Los perjuicios a condenar serían:

§05.1. Por concepto de daños morales, la suma de 3000 smlmv, teniendo como daño individual 37.98 smlmv para cada demandante.

§05.2. Por concepto de perjuicios materiales físicos a la salud por estar permanentemente en el foco de contaminación, la cantidad de dinero que determine un perito, que será actualizada a la fecha del veredicto o de su ejecutoria y hasta que cese el daño proporcionalmente.

§05.3. Por concepto de mantenimiento y reparación general de bienes muebles e inmuebles la suma de \$523.827.500, que discriminó individualmente por demandante.

§05.4. Por concepto de daño emergente, la suma que resulte como consecuencia de un peritaje efectuado a las edificaciones por metro cuadrado – en adelante **m²** - del mayor valor que han tenido los actores que pagar como consecuencia de la contaminación durante los últimos 10 años. Por tratarse de daños causados como consecuencia de una actividad peligrosa, tanto de la fachada como del interior de la edificación en estructura, por la vibración y en cuanto a pintura, mano de obra y lavada, o la fecha de la sentencia o de su ejecutoria y hasta que cese el daño proporcionalmente.

§05.5. El mismo concepto anterior respecto a los equipos de oficina, cortinas y electrodomésticos, por su mantenimiento y restauración.

§05.6. Por el lucro cesante como consecuencia de la devaluación de las dos anteriores pretensiones, dejados de percibir y el menor valor de los locales comerciales y las edificaciones.

§05.7. En subsidio, de no prosperar las anteriores tres pretensiones, se realice la condena al pago de una indemnización estimada por el Juzgador al daño sufrido cada año, durante los últimos diez años.

§05.8. El pago de las costas procesales, los intereses con la valoración promedio mensual del IPC, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su efectivo cumplimiento, en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

1.1.2 Hechos

§06. La parte demandante explicó que por el corredor vial de la carrera 21, desde hace más de diez años circulan vehículos de servicio público de las empresas demandadas, buses, busetas v colectivos. La comunidad de la carrera 21 comprendida entre calles 30 y 21 se ha visto perjudicada por la contaminación visual, auditiva y respiratoria existente en el sector como consecuencia de la sobrecarga de vehículos de servicio público que circulan por el sector aludido equivalente a un 95%, que ha permitido el Municipio de Manizales, afectando los bienes patrimoniales de los demandantes.

§07. Previamente a esta acción de grupo, el ciudadano Juan Jairo Muñoz Cuervo interpuso acción popular contra el municipio de Manizales, donde se vincularon las Empresas de Transporte Público, por la contaminación de la zona, que fue decidida en primera instancia a favor de la comunidad demandante, donde ordenó que se tomaran medidas al respecto.

§08. El Municipio de Manizales contrató el estudio “PLAN DE MOVILIDAD PARA EL MUNICIPIO DE MANIZALES”, encontrando como resultados parciales que el 30% del transporte público colectivo de la ciudad era ilegal, lo que serían estas empresas responsables de los perjuicios por contaminación ambiental, auditiva, entre otros. Además, se requería el control de la autoridad.

§09. La comunidad demandante se ha visto perjudicada en los siguientes aspectos:

§09.1. En la salud, al respirar aire contaminado y por el ruido que supera los decibeles normales, el deterioro de su vestimenta, la pérdida de oportunidad para vender, arrendar para mercadear bienes y servicios, como el deterioro de los bienes inmuebles.

§09.2. Los demandantes dedicados al comercio han tenido que contratar más personal para la limpieza de residuos contaminantes en los bienes y servicios ofrecidos.

§09.3. Extra patrimonialmente, por convivir con la contaminación auditiva, visual y respiratoria, afectando la calidad de vida por el estrés, y 22 de los demandantes se hicieron exámenes diagnósticos descubriendo que están afectados en su salud.

1.2. Contestaciones de la Demanda

1.2.1 Municipio de Manizales (fs. 451 a 461 c.1)

§10. Se reservó pronunciarse sobre los hechos y negó las pretensiones. En su defensa expuso que desde hace cuatro décadas se formalizó el transporte urbano, utilizando la carrera 21 como un corredor, ampliándose a las carreras 19 a 22 y la Avenida del Centro, y los ciudadanos libremente han adecuado los inmuebles para prestar diversos servicios. En una tabla presentó los beneficios que algunos demandantes han reportado por la ubicación de sus negocios.

§11. Puntualizó que el parque automotor para el ingreso de vehículos al transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad estaba congelado en virtud del Decreto 128 del 15 de junio de 2006, sin que haya aumentos considerables en la capacidad transportadora de las empresas demandadas. Incluso se estarían tomando medidas para mejorar la movilidad urbana.

§12. Hizo hincapié en que debido a la reducción de las rutas por la carrera 21, 90 comerciantes manifestaron la merma en las ventas y solicitaron el retorno a dicha ruta.

§13. Se mostró contrario a que se pretenda que se condene que deba asumir el mantenimiento regular de los inmuebles de los accionantes, y pidió no se acceda a la demanda.

1.2.2 Cooperativa Unión de Transportadores – Cooperativa Unitrans- (fs. 397 a 410 c.1)

§14. Frente a los hechos aclaró que la empresa circulaba forzosamente por las rutas establecidas por la autoridad de tránsito, la cual comparte con vehículos de servicio público y particular, los últimos sin restricción. Los vehículos utilizan el combustible suministrado en forma monopolística por la empresa ECOPETROL, que tiene 6000 partículas de plomo que está en erradicación en cinco años por disposición del Ministerio del Medio Ambiente. En cuanto al estudio de la Universidad Nacional referido por la parte demandante, dilucidó que no existe sobreoferta del transporte en la ciudad de Manizales. Sobre las pruebas de la salud de los demandantes, increpó que fueron realizadas por la Clínica FAME que es una de las accionantes, sin soporte de las historias clínicas de los demandantes.

§15. Los demás hechos no le constan y se atiene a lo que se demuestre.

§16. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION ALEGADA A CARGO DE LA DEMANDADA Y EL DERECHO RECLAMADO EN FAVOR DE LOS ACCIONANTES, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, CADUCIDAD DE LA ACCION, CUMPLIMIENTO RIGUROSO DE OBLIGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS, y la EXCEPCION GENERICA.

1.2.3 Transportes Gran Caldas SA (fs. 463 a 476 c.1)

§17. Se opuso a las pretensiones. Con respecto a los hechos aclaró que el parque automotor de toda la ciudad es de 40.000 vehículos, que usan el combustible suministrado por ECOPETROL, con 6000 partículas de plomo que reducirá en cinco años. Estos automotores transitaban por la carrera 21 objeto del proceso. Enfatizó que la empresa debía seguir dicha ruta dispuesta por las autoridades de tránsito. Criticó que las pruebas médicas allegadas fueron emitidas por la Clínica FAME, una de las accionantes. Los demás hechos no le constan.

§18. Propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION ALEGADA A CARGO DE LA DEMANDADA Y EL DERECHO RECLAMADO EN FAVOR DE LOS ACCIONANTES, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, CADUCIDAD DE LA ACCION, CUMPLIMIENTO RIGUROSO DE OBLIGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS y EXCEPCION GENERICA.

1.2.4 Socobuses SA (fs. 542 a 556 c.1A)

§19. Se opuso a las pretensiones. Sobre los hechos indicó que por disposición de las autoridades debía transitar por la carrera 21, y debía usar el combustible de ECOPETROL. Acepta que por la contaminación se interpuso una acción popular donde se demostró que la contaminación no era generada por el transporte público colectivo urbano, cuya sentencia se apeló porque el efecto que tuvo fue concentrar todo el transporte en la Avenida del Centro con la consecuente contaminación. Los demás hechos no le constan.

§20. Propuso las excepciones de: CADUCIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD POR CUMPLIMIENTO POR PARTE DE SOCOBUSES S.A DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS y EXCEPCION GENERICA.

§21. Hizo denuncia de pleito a ECOPETROL SA, admitida por auto del 12 de marzo de 2007 (fs. 668 a 669 c.1A)

1.2.5 Autolegal SA (fs. 589 a 600 c.1A)

§22. Se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos puntualizó que la competencia para ordenar y modificar el transporte público es responsabilidad del Alcalde. Aclaró que en la ruta cuestionada el transporte público representa el 40.7%, y todos los cuales hacen uso del combustible vendido por ECOPETROL. Aceptó la existencia de la orden dada en una acción popular de trasladar todo el transporte público de la carrera 21 a la Avenida del Centro. No le constan los demás hechos.

§23. Propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION ALEGADA A CARGO DE LA CODEMANDADA, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, CADUCIDAD DE LA ACCION, FALTA DE INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO.

§24. Describió que el problema principal no radica en los vehículos de servicio público, sino en los vehículos particulares, incluso en taxis y motos que transitan con bastante frecuencia por el lugar. Agrega que debe vincularse a la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, para que responda por la calidad de los combustibles que, por mandato del monopolio estatal sobre hidrocarburos, hizo obligatorio usar su combustible a los empresarios de buses de Manizales durante los últimos diez años.

1.2.6 Servitrimo (fs. 605 A 606 c.1A)

§25. Contestó extemporáneamente (f. 627 c.1A)

1.2.7 Expreso Sideral SA (fs. 613 a 625 c.1A)

§26. Se opuso a las pretensiones, y respecto a los hechos expuso que el tránsito público por la vía en estudio fue dispuesto por la Autoridad correspondiente, enfatizando que el combustible utilizado por todo el transporte es aportado por ECOPETROL, por lo que la contaminación que se le pueda atribuir a sus automotores es involuntaria. Los demás hechos no le constan.

§27. Propuso las excepciones de: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION ALEGADA A CARGO DE LA DEMANDADA Y EL DERECHO RECLAMADO EN FAVOR DE LOS ACCIONANTES, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, CADUCIDAD DE LA ACCION, CUMPLIMIENTO RIGUROSO DE OBLIGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS y EXCEPCION GENERICA.

1.2.8 El Denunciado en Pleito Ecopetrol SA (fs. 725 733 c.1A)

§28. Aclaró que le corresponde a la Agencia Nacional de Hidrocarburos el adecuado abastecimiento de la demanda nacional de hidrocarburos, y a ECOPETROL se le encomienda la operación de la producción y las refinerías, conforme a las normas que fijan los Ministerios de Minas y Energía y del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Se opuso a las pretensiones de la demanda y la denuncia de pleito, contestando la denuncia ilustrando que desde 1989 se empezó a eliminar el plomo, según las resoluciones 1565 de 2004 y 1289 de 2005. Los combustibles que vende Ecopetrol son sujetos a tratamientos de refinación: eliminación del plomo, reducción de la volatilidad, aplicación de aditivos, detergentes y dispersantes, ajuste de octano y reducción de azufre.

§29. Propuso las excepciones de: EXCEPCION DE CUMPLIMIENTO DE LAS REGULACIONES DEL GOBIERNO NACIONAL POR PARTE DE ECOPETROL SA, INDEBIDA SELECCIÓN DE LA ACCION, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA y GENERICA.

1.3. La Sentencia de Primer Instancia (fs. 1491 a 1512 c.1C)

§30. El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“1. DECLARAR probadas las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION ALEGADA A CARGO DE LA DEMANDADA Y EL DERECHO RECLAMADO EN FAVOR DE LOS ACCIONANTES" formuladas por Unitrans, Transportes Gran Caldas, Autolegal, Expreso Sideral y "COBRO DE LO NO DEBIDO" propuesta por Socobuses.

2. NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con el análisis relaizao en la parte considerativa de la sentencia.

3. SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.”

§31. Como problema jurídico expuso:

¿El Municipio de Manizales y las empresas de Transporte Público SOCOBUSES SA, COOPERATIVA UNITRANS LTDA, TRANSPORTES GRAN CALDAS, AUTOLEGAL, EXPRESO SIDERAL y SERVITURISMO y ECOPETROL SA son responsables de los daños patrimoniales y extra patrimoniales que presuntamente se ocasionaron al grupo de demandantes, con motivo de la contaminación al medio ambiente en el sector que comprende la carrera 21 entren calles 30 y 21 de Manizales?

§32. Luego de la sinopsis de las posturas de las partes, resolvió estudiar de fondo las excepciones propuestas e ilustró las características generales de las acciones de grupo.

§33. El juzgado confirmó la existencia de contaminación en la zona porque: (i) los documentos oficiales indican que hasta el año 2006 fue palpable; (ii) se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia de la acción popular 2003-001145 que encontraron la vulneración de los derechos colectivos al ambiente sano y la salubridad públicas por la contaminación ambiental y auditiva en la zona.

§34. En cuanto al DAÑO expresó: “... con todo el material probatorio antes referido se logró establecer la existencia de un daño en cuanto al deterioro de los bienes inmuebles y muebles de propiedad de algunos de los demandantes y en la salud de los mismos.”

§35. Sobre los daños a la salud, no encontró acreditado el nexo causal:“... a pesar de que algunos de los habitantes del sector de la carrera 21 entre calles 20 y 31 de Manizales han sufrido a lo largo del tiempo algunas afectaciones en su salud -y en este punto se aclarar que se hace mención a "algunos", por cuanto, de las historias clínicas aportadas con la demanda, no solo se evidenció las patologías que aquejan a algunas personas, sino que también se logró establecer que algunos de ellos obtuvieron reportes de normalidad en los exámenes médicos practicados-, dichas patologías no pueden ser atribuidas de manera exclusiva y determinante a la contaminación ambiental que se presenta en dicho sector (...)En otras palabras, no fue demostrado durante el transcurso del proceso que el daño a la salud de ciertos demandantes hayan sido ocasionado a raíz de la contaminación ambiental producida exclusivamente por el parque automotor que circula por la carrera 21 entre calles 21 y 30 de Manizales.”

§36. En cuanto a los perjuicios materiales por el mantenimiento de los bienes inmuebles y muebles de los demandantes, hizo tres precisiones: **(i)** de los certificados allegados con la demanda respaldados por declaraciones, consideró “... *la suciedad en la paredes externas e internas de los inmuebles, la suciedad y daño a algunos elementos de trabajo, tales como maquinarias, libros y ropa, y los gastos adicionales de limpieza y mantenimiento... el daño no fue más allá de las simples afirmaciones de los demandantes...*”; **(ii)** “...*no obra dentro del expediente prueba alguna mediante la cual se haya buscado establecer el nexo de causalidad entre la contaminación ambiental producida de manera exclusiva por los vehículos de transporte público colectivo que transitaban por el sector céntrico de la ciudad con los perjuicios materiales alegados y la acción u omisión de la administración ...*”; **(iii)** en cuanto a las declaraciones de parte de los demandantes, encontró que no fueron uniformes al establecer el estado de la situación antes y después de la restricción de la circulación del transporte público, mientras uno señalaban la mejora en la salud, el estado de los inmuebles y las ventas, otros aseveraron que estaba igual.

§37. La sentencia epilogó que “...*no resulta viable establecer como hecho causante de los daños alegados por los demandantes la contaminación ambiental producida por los vehículos de transporte público colectivo...*”, y absolvió a los demandados.

1.4. Apelación de la Parte Demandante /fl. 1513 a 1522 c.1C/

§38. La parte demandante solicitó se acceda a las pretensiones, con base en dos argumentos principales:

§38.1. Sobre los perjuicios materiales a los bienes muebles e inmuebles: **(i)** no se analizaron los informes periciales de los dos peritos que se allegaron en el proceso; **(ii)** los dictámenes fueron lógicos, técnicos y coherentes; **(iii)** ambos encontraron la existencia de daños a los bienes de los actores, por lo que sí existe nexo de causalidad; **(iv)** el testigo William Rigoberto Jurado, experto en aseo, señaló que en los demás edificios diferentes a los de los demandantes, no se tienen que hacer brigadas de aseo; **(v)** la contaminación ya fue demostrada en sentencias previas en acciones populares; y, **(vi)** los testimonios de los que realizan aseo explicaron que en los inmuebles de la zona la frecuencia de limpieza es mayor.

§38.2. Sobre el daño a la salud: **(i)** en los casos de la demandante María Lucy Árias y Bernardo Alzate se confirmó la necesidad de adaptación de audífonos; **(ii)** se comprobó que el ruido en la zona es superior a los permitidos; **(iii)** se valoró los costos de los tratamientos auditivos, de rinitis como de optometría; **(iv)** en los exámenes de espirometría, 22 demandantes resultaron afectados; y, **(v)** el perito avaluó los costos de los tratamientos auditivos y de rinitis, por la exposición al ruido como al humo.

§39. Por lo anterior, se debió condenar al municipio de Manizales por la omisión en que incurrió, como a las empresas de transporte por realizar actividades peligrosas y tener las fuentes de contaminación.

1.7. Alegatos de Conclusión e Intervención del Ministerio Público

§40. **La parte accionante** indicó: **(i)** la contaminación en la carrera 21, de reclamo por la comunidad desde hace muchos años, fue confirmada por la acción popular 2003-1145, la cual ordenó a la alcaldía la medidas para mitigarla; **(ii)** en cuanto a los daños, se rememoraron los argumentos de la apelación, señalando que son prueba suficiente los recortes de prensa así como los testimonios; y, **(iii)** se afectó el equilibrio de cargas públicas que debieron soportar los accionantes por motivo de la contaminación. /fls. 62-66, c.14/.

§41. **La parte accionada – SOCOBUSES** apoyó las conclusiones de la sentencia de primera instancia, en cuanto a: **(i)** no fue acreditado el daño reclamado por lo que los daños pretendidos son hipotéticos; **(ii)** la transportadora debía ceñirse a las rutas fijadas por la autoridad municipal; y, **(iii)** tenía que usarse el combustible dispuesto por Ecopetrol. /fls. 26-45, c.14/.

§42. **La parte accionada – Municipio de Manizales** acentuó que: **(i)** las rutas de servicios de buses por la zona de interés data de muchos años y los demandantes decidieron establecerse en dichas zonas comerciales y de vivienda; **(ii)** no se demostró que los gastos que han hecho los demandantes se deben a la contaminación; **(iii)** el informe pericial de los daños a la maquinaria no informó que la causa de su reparación sea la contaminación; y, **(iv)** los dictámenes médicos no son concluyentes acerca de que la contaminación sea el factor determinante de las afecciones en la salud de los actores. /fls. 46 a 49, c.14/.

§43. **La parte accionada – AUTOLEGAL** recabó: **(i)** no se comprobó el nexo causal entre la contaminación y los daños pretendidos; **(ii)** Autolegal no tiene responsabilidad porque estaba obligado a usar la ruta dispuesta por la autoridad de transporte. /fls. 50 a 61, c.14/.

§44. **La parte vinculada– ECOPETROL:** concordó que la sentencia está ceñida al acervo probatorio: **(i)** los informes periciales sobre la salud no fueron determinantes en que la causa de los daños a la salud fue la contaminación; **(ii)** no se demostró que los gastos erogados por el mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles fueran debidos a la contaminación; y, **(iii)** la actuación de Ecopetrol no produjo la contaminación, sino que cumplió las regulaciones vigentes acerca del combustible. /fl. 67 a 70, c.14/.

§45. **La parte accionada – UNITRANS** infirmó: **(i)** no existen pruebas de los perjuicios individuales reclamados; **(ii)** la ruta dispuesta por la carrera 21 era necesaria debido a las necesidades de los usuarios; y, **(iii)** la empresa debía circular por dicha ruta dispuesta por las autoridades, y demostró el cumplimiento del chequeo ambiental de los vehículos necesarios por ley. /fls. 80 a 85, c.14/.

§46. **El Ministerio Público** conceptuó que se debe confirmar la sentencia, porque: **(i)** en las acciones de grupo debe determinarse la causa común que originó los perjuicios, imputables a las entidades demandadas; **(ii)** no se demostró que los daños a la salud se debieran a la contaminación; **(iii)** no se demostró que la contaminación se debiera en forma exclusiva a los vehículos de transporte público que debían recorrer la carrera 21;

y, (iv) así, no se demostró el nexo causal entre la contaminación y los perjuicios reclamados.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§47. Este tribunal es competente para conocer de la controversia, según el artículo 51 de la Ley 472 de 1998¹.

2.2. Criterios de identificación del grupo

§48. El grupo identificado se debe componer de las personas naturales o jurídicas, cuya vivienda, sede, propiedad inmobiliaria o comercial, establecimientos comerciales, empresas o similares a los anteriores, se hayan ubicado entre la calles 21 y 30 con la carrera 21 de la ciudad de Manizales, entre los años 1996 a 2006, que se les haya producido perjuicios por daños ambientales cuya causa relevante sea la contaminación.

2.3. Problemas Jurídicos

§49. ¿A las personas que pertenecen al grupo previamente identificado la contaminación producida por el transporte público de pasajeros les causó perjuicios por daños ambientales?

§50. En caso afirmativo, ¿a cuáles indemnizaciones integrales tienen derecho?

§51. ¿Cuáles de los demandados tienen responsabilidad y deben hacerse cargo de las indemnizaciones?

§52. ¿Cuál es la responsabilidad de Ecopetrol con relación a su denunciante en pleito, Socobuses?

2.4. Las acciones de grupo

§53. La Constitución Política de Colombia de 1991, en el artículo 88, incluyó las acciones de grupo “... *originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.*”² Y el artículo 3º de la Ley 472 de 1998 las definió como “... *aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.*”³

¹ ARTICULO 51. COMPETENCIA. <Ver Notas del Editor> De las acciones de grupo conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia.

² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998_pr001.html#51

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html#88

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#3

§54. Según la Honorable Corte Constitucional⁴ la acción de grupo tiene las siguientes características: **(i)** es un instrumento específicamente encaminado a facilitar la indemnización de las distintas personas que, en igualdad de circunstancias, hayan sido víctimas de un mismo hecho dañoso dotado de relevancia social, a partir de cuya ocurrencia todas ellas deben ser resarcidas; **(ii)** es procedente para la protección de intereses individuales de un número considerable de personas, siempre y cuando exista una coincidente y simultánea afectación de tales derechos por cuenta de la ocurrencia de un mismo hecho dañoso; **(iii)** la facultad que se atribuye al Defensor del Pueblo o los personeros para dar inicio al trámite de la acción; **(iv)** la regla según la cual quien actúe como demandante representa a todas las demás personas que hubieren sido afectadas por los mismos hechos vulnerantes; **(v)** la posibilidad de acudir al proceso una vez que éste se ha iniciado gracias a la demanda iniciada por otra persona; **(vi)** la opción de solicitar ser excluido del grupo en caso de preferir el ejercicio de las acciones individuales, evento en el cual los efectos de la sentencia no serán oponibles a dicha persona.

2.5. Responsabilidades extracontractual y administrativa

§55. La responsabilidad civil extracontractual dispuesta en el artículo 2341, es general: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...”*.

§56. La responsabilidad administrativa requiere de la imputación, que según *“García De Enterría y Fernández Rodríguez, quienes señalan que es ‘un fenómeno consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y este.’”*

§57. En el marco de la responsabilidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 90 de la Constitución Política y 140 del CPACA, 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, 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.

§58. La responsabilidad administrativa se genera por la confluencia de dos aspectos: **(i) ÓNTICO**: el DAÑO O PERJUICIO, el HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN y la RELACIÓN DE CAUSALIDAD entre ambas; y, **(ii) NORMATIVO** *“...: i) la existencia de un DAÑO ANTIJURÍDICO y ii) la IMPUTACIÓN de éste al Estado.”*⁵

§59. Como lo aclara el Doctor Carlos Enrique Pinzón Muñoz en su libro LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO- UNA TEORÍA NORMATIVA: *“... la denominada ‘imputatio facti’ supone, ex ante, establecer el fundamento de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño, siendo ese un proceso que, por ser estrictamente ÓNTICO, pertenece al ámbito científico, no al NORMATIVO, donde sí intervienen los títulos de*

⁴ <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2009/C-241-09.rtf>

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN C- CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES- Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)-REPARACIÓN DIRECTA 680012331000200603331 01 (52693)

imputación jurídicos que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida (...)...La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la Naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos.”-rft- (p. 347)

2.2. Títulos de imputación en los daños ambientales

§60. La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la teoría del riesgo.

§61. Como lo señala el Consejo de Estado en la sentencia del 2 de mayo de 2016⁶, “... la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias fácticas acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación...”

§62. La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la teoría del riesgo.

§63. **En cuanto a la FALLA DEL SERVICIO**, “... la Sala también considera que la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente puede fundamentarse en un número importante de casos en la clásica responsabilidad subjetiva bajo el título de falla del servicio, cuando se demuestra de manera ostensible negligencia, imprudencia y/o impericia del ejercicio de competencias administrativas de quien está encargado de llevar a cabo una actividad...”⁷. Sus elementos son:⁸ “a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño (...) la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión.”

§64. **En el caso del RIESGO EXCEPCIONAL** “... en tratándose de los daños derivados del ejercicio de una ACTIVIDAD PELIGROSA, el criterio imperante es el de GUARDA MATERIAL, y que, de manera subsidiaria habrá lugar a acudir a los conceptos de

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA SUBSECCION B- Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH- Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)- Radicación número: 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357)B

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D. C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014) Proceso número: 41-001-23-31-000-2000-02956-01 (29028)

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de marzo de 2008 C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Rad: 66001-23-31-000-1996-03099-01(14443) Actor: AGROLACTEOS S.A. Demandado: Municipio de Pereira y Otro.

GUARDA JURÍDICA O GUARDA PROVECHO, esta última asociada al concepto de riesgo beneficio. El daño antijurídico quedó establecido en el proceso, ya que las lesiones ... constituyen una alteración negativa de diversos intereses patrimoniales y no patrimoniales de los demandantes, que éstos no se encuentran en el deber de soportar. De otro lado, a efectos de establecer el responsable de los daños derivados de una actividad riesgosa, es preciso identificar quién ejerce la GUARDA MATERIAL SOBRE LA ACTIVIDAD O LA COSA PELIGROSA, respectivamente... descansa sobre la noción de riesgo y, por lo tanto, es a partir de ese régimen de responsabilidad –riesgo– que se debe definir la imputación en los supuestos en los que el daño tiene su origen en el desarrollo de una actividad peligrosa...”⁹. Se “... trata de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual corresponde al Estado, para exonerarse de responsabilidad, probar el rompimiento del nexo causal por la ocurrencia de alguna CAUSA EXTRAÑA... esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.”¹⁰-sft-

§65. **EL DAÑO ESPECIAL** “...tiene su fundamento en la equidad, puesto que existen eventos en los cuales deberá el Estado entrar a reparar los perjuicios sufridos por los individuos pese a que ningún reproche merezca su actuación, siempre que el daño ostente características de anormalidad y especialidad.” Este título de imputación es “... de estirpe objetiva, ... traslada el estudio de la imputación, valga la redundancia, al daño mismo desde la perspectiva de la víctima, para deducir si la no reparación del perjuicio causado llegaría a configurar un atentado directo contra los principios constitucionales de justicia, solidaridad y equidad.”¹¹

2.3. Los conceptos graduales de: contaminación, daño ecológico y daño ambiental

§66. La CONTAMINACIÓN en sí misma no es asimilable al daño.

§67. La CONTAMINACIÓN es “... la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o particulares.” (arts. 4 L.23/1973 y 8.a D.2811/1974)

§68. La CONTAMINACIÓN jurídicamente tiene las siguientes características¹²:

“(1) La contaminación como fenómeno es el supuesto fáctico del que se hace desprender la concreción dañosa en derechos, bienes e intereses jurídicos;

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA– SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D. C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014) Proceso número: 41-001-23-31-000-2000-02956-01 (29028)

¹⁰ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN B- Consejera ponente (E): MARÍA ADRIANA MARÍN- Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).- Radicación número: 76001233100020060368201 (42992)

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00852-01(28675)

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Expediente con número de radicación 52001-23-31-000-2006-00435-01(38040). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

(2) La contaminación en sí misma no es asimilable al daño ambiental y ecológico, ya que se comprende que en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación, al ser objeto de autorización administrativa y técnica en el ordenamiento jurídico;

(3) La contaminación desencadena un daño ambiental cuando produce un deterioro, detrimento, afectación o aminoración en la esfera persona o patrimonial de un sujeto o sujetos determinables;

(4) *Se produce dicho daño ambiental cuando los derechos, bienes e intereses resultan cercenados o negados absolutamente [destrucción de un predio o de un bien mueble como consecuencia de una contaminación hídrica o atmosférica], o limitados indebidamente (v.gr., se obliga a una destinación natural y productiva diferente al uso del suelo de un predio, o las limitaciones a sus propiedades para poder seguir desarrollando una actividad productiva o agrícola en el mismo volumen o proporción), o cuando se condiciona el ejercicio [v.gr., cuando sujeta el uso y goce de un predio a una descontaminación o a un proceso de recuperación ambiental antes de retomar o seguir su uso natural y ordinario];*

(5) *Cuando se trata de la realización o ejecución de obras públicas o la construcción de infraestructuras el daño ambiental puede concretarse en la afectación del uso normal de los bienes patrimoniales, o en la vulneración de un bien ambiental, de los recursos naturales, del ecosistema, de la biodiversidad o de la naturaleza;*

(6) *De un mismo fenómeno de contaminación, o de la concurrencia de varios de ellos se pueden producir tanto daños ambientales, como daños ecológicos, esto es, aquellos que afectan a bien (es) ambiental (es), recurso (s) natural (es), ecosistema (s), biodiversidad o la naturaleza;*

(7) *La concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida.”*¹³

§69. Los daños AMBIENTALES se causan al patrimonio de las personas individuales, que se diferencian de los daños ECOLÓGICOS¹⁴ que se causan a los intereses colectivos o difusos:

§69.1. El daño AMBIENTAL “... se define como “las alteraciones, efectos nocivos o molestias causadas a los bienes materiales o de recursos, a la salud e integridad de las personas, así como a las condiciones mínimas para el desarrollo y calidad de vida, y que pueden limitar el ejercicio de determinados derechos [vgr. derecho de propiedad]”. Se comprende, también, que el daño ambiental es “toda agresión derivada de la actividad humana en el medio natural, que causa como consecuencia la modificación o alteración en los bienes y recursos disponibles, o efectos nocivos en la salud e integridad de las personas”.-sft-

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Expediente con número de radicación 52001-23-31-000-2006-00435-01(38040). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C - Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA - Bogotá, D.C., cinco (05) julio de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 70001-23-33-000-2012-00156-01(51960) <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2116811>

§69.2. El daño ECOLÓGICO “...se define como la “degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad. La nota distintiva de esta definición se encuentra en que no está referida a interés individual o humano alguno, sino que se enfoca hacia la tutela del medio natural en su conjunto, como interés independiente de aquel”.

2.4. EL DAÑO y el perjuicio

§70. El daño constituye el primer elemento, cuya inexistencia o falta de prueba hace imposible continuar con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad, ya que este se instituye en el pilar fundamental del deber de responder patrimonialmente, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política. Sobre el tema del daño, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁵ ha determinado que, “El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”¹⁶.

§71. El tratadista Juan Carlos Henao hace diferencia ente el DAÑO del PERJUICIO, y citando a Bénéoit: “... el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada...”. Por lo que se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño.

§72. El PERJUICIO debe ser personal y cierto.

§73. El perjuicio es PERSONAL cuando deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecerse la titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto de ese bien menguado. La titularidad jurídica variará dependiendo del tipo de acción que se inicie y de las pretensiones que contenga: la forma como se conciba quién está legitimado, cómo y con qué objetivo, para obtener una indemnización, bien sea para sí o para un colectivo.

§74. El perjuicio CIERTO tiene relación con que no hay duda de su *existencia*, no sea eventual, hipotético, supuesto o conjeturado. Bien sea que esté consolidado que se verifica en la realidad, o no consolidado de situaciones existentes o inexistentes.

2.5. La causalidad adecuada

§75. En forma general, la responsabilidad se analiza bajo la óptica de la causalidad adecuada:

¹⁵ Providencia del 10 de septiembre de 2014, radicado interno 29590 con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero.

¹⁶ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

§76. Existen diversas teorías en cuanto a la atribución del daño: la equivalencia de las condiciones, la condición adecuada – *conditio sine qua non*-, la causalidad adecuada, la causa próxima y la imputación objetiva. (Sirtori, 2020).

§77. El Consejo de Estado reiteradamente ha fijado como criterio acerca del nexo causal, el análisis de la CAUSALIDAD ADECUADA.¹⁷

§78. En la teoría de la EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES “... *todo hecho puede ser generador de un daño, sin importar la relevancia del mismo en la relación causal...*”¹⁸ Así, “... *Bajo esta tesis, cada acción que compone la cadena causal individualmente considerada aporta a la producción del daño. Se ha considerado que esta teoría es la que mayor científicidad representa toda vez que acude a criterios físicos o de las leyes naturales para construir un curso causal.*” En su vertiente más estricta de esta teoría de la equivalencia, la *conditio sine qua non* postula metodológicamente que “... ***bastaba suprimir mentalmente hecho por hecho de la cadena y si al faltar uno de ellos el daño no se hubiere producido, entonces podemos señalarlo como causa.***” (Sirtori, 2020. p. 172).

§79. En cuanto a la CAUSALIDAD ADECUADA o eficiente¹⁹ “... *solamente las circunstancias fácticas, con vocación o relevancia para la generación del daño han de tenerse en cuenta como causa del mismo...*”²⁰.

§80. El Consejo de Estado ilustró en la sentencia del 9 de junio de 2010²¹ como opera el análisis de la causalidad adecuada: (i) establecer las condiciones; (ii) ubicar en una escala jerárquica abstracta la probabilidad de las condiciones como causa del daño; (iii) indagar qué causas incidieron en la producción del daño con apego en las leyes de la naturaleza; y, (iv) establecer si la causa fue previsible para el agente:

“... se trata de buscar en abstracto la probabilidad de que esa condición sea la causa concreta del daño, de manera que la condiciones se ubicarán en una escala, por decirlo, jerárquica, y la más relevante será la que se tome como productora del daño, por esa razón la determinación de la causa a la luz de esta teoría parte del supuesto de establecer en primer lugar las posibles condiciones que intervinieron en la producción del hecho dañino (saber ontológico) y en segundo lugar de la indagación generalizada acerca de qué causas han podido incidir en la producción del fenómeno (saber nomológico) con apego a las leyes de la naturaleza, de suerte que sólo tendrá

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A- Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN- Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00391-01(50791); Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ- Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00325-01(53957); SUBSECCIÓN C- Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS- Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00229-01(52998)

¹⁸ SUBSECCIÓN C- Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS- Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00229-01(52998)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 17957.

²⁰ SUBSECCIÓN C- Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS- Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00229-01(52998)

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio del 2010, exp. 18078, C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Citada por: CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”- Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero- Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete 2017

Expediente: 41836 Radicado: 190012331000200501035 01

la virtualidad de constituir la causa aquella condición que ha sido conocida previamente por el agente productor del daño”.

§81. SIRTORI explica “... que solo pueden considerarse causa de un daño aquellos hechos de la cadena causal que sean relevantes natural y socialmente...”:

“El maestro Díez-Picazo resume la teoría en dos pasos:

(1) Formación de la descripción del supuesto de hecho: ¿cómo el ideal observador reconstruye los hechos sobre los que debe establecerse la relación causal? La solución de Träger es que la descripción fáctica se elabora a partir de los hechos conocidos y cognoscibles ex ante por un observador ideal. (...)

(2) Juicio de probabilidad del resultado: el juicio de probabilidad “se formula objetivamente tomando en consideración las características uniformes de tipo natural y social que son patrimonio de la cultura y de los conocimientos humanos en el momento en que el susodicho juicio de probabilidad se emite.” (p. 173)

§82. Igualmente, SIRTORI aclara que la *causalidad adecuada* puede aplicarse tanto en la teoría general de la causalidad como de la imputación para seleccionar las causas jurídicamente relevantes. (p. 174)

2.6. La causalidad adecuada y la CAUSALIDAD JURÍDICAMENTE RELEVANTE en los daños ambientales

§83. Debido a la gran industrialización de las dos postguerras en la primera mitad del siglo XX, se creó la preocupación en la opinión pública sobre contaminación, y a la postre daños a la salud, que fueron denunciados inicialmente en Japón, por la contaminación química de mercurio en la bahía de Minamato, el asma de Yokkaichi, y la enfermedad itai-itai, las cuales generaron protestas sociales, demandas judiciales y acciones legales, que dieron lugar a la Basic Law for Environmental Pollution Control (Kōgai Taisaku Kininhō) de 1967, la primera ley mundial de ese tipo. (Encyclopædia Britannica, Inc., s.f.) (Avenell, 2010, pág. 156) (Fumikazu, 1998, pág. 26) (Ministry of Environment - Government of Japan, 2018)

§84. Debido a lo anterior, en la teoría jurídica Cafferatta señala que “*El daño Jurídico, el resarcible, el reparable, tiene que cumplir con una serie de requisitos que enseña la doctrina clásica: debe ser cierto, concreto, directo, personal, diferenciado. El daño ambiental no cumple con ninguno de estos requisitos, pues es indirecto o reflejo, impersonal, muchas veces incierto, hasta hipotético o conjetural, es de causalidad difusa, es decir, presenta para el operador jurídico un desafío enorme de redefinición de los conceptos clásicos del derecho de daño porque el instrumental jurídico tradicional disfuncional frente a la problemática del daño ambiental.*”-sft²²

²² Néstor Cafferatta. La responsabilidad por daño ambiental. Programa regional de capacitación en derecho y políticas ambientales. pnuma. Disponible en:
<http://www.pnuma.rg/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/10%20Cafferatta%20Resp%20por%20dano%20amb.pdf>

§85. Debido a las características especiales del daño ambiental, la Corte Suprema de Justicia amplió la visión a la CASUALIDAD JURÍDICAMENTE RELEVANTE, en la sentencia del 18 de agosto de 2021²³, por las características especiales del daño ambiental:

§85.1. El daño ambiental: **(i)** puede surgir de una causalidad sin contigüidad temporal o espacial; **(ii)** se extiende, diversifica, impacta y crece o aparece en el tiempo luego de un variado y considerable número de años de sembrado su germen, permaneciendo latente o embrionario e imperceptible su crecimiento; **(iii)** se acumula a otros factores sinérgicos; **(iv)** Los efectos de tales condiciones se presentan desordenados, discontinuos, caóticos; **(v)** lo más común son los fenómenos pluricausales o concausales.

§85.2. Las teorías de la “causalidad adecuada”, “la conditio sine qua non”, “la causa próxima” y “la causa eficiente”, no son suficientes para explicar la causalidad concurrente o los cursos causales anómalos o irregulares, donde no hay experiencia previa ni lógica o ciencia aplicable para indagar por la génesis del daño;

§85.3. Se debe procurar, entonces, auscultar las **CAUSAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES**: **(i)** causas MATERIALES; **(ii)** IMPUTADAS, bien por razón de un factor que la ley tiene en cuenta, ya a partir de máximas de la experiencia, de la lógica de lo razonable, del sentido común, de la probabilidad; y, **(iii)** del CONOCIMIENTO CIENTÍFICO O TÉCNICO cuando resulta determinante en aspectos que escapan al común de las personas, al hombre medio.

§85.4. La prueba en estos casos es flexible por: la desconexión temporal y geográfica de la causa, la dinámica del medio ambiente, la multicausalidad y las dudas y controversias científicas por el estado del conocimiento en materia de daños ambientales.

§85.5. Las pruebas científicas o de expertos son imprescindibles. En ellas se analiza: **(i)** todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones; **(ii)** se debe establecer la autoridad e idoneidad de quien rinde la pericia, los títulos y experiencia que así lo comprueben, sin olvidar la declaración del perito acerca del método, experimento, examen o investigación efectuada -cuando a ello hay lugar- y si difiere del que suele usar en el ejercicio regular de su profesión.

§85.6. En la interpretación de las pruebas: **(i)** la Corte Suprema de Justicia acoge un criterio pragmático, de la mano de pruebas regularmente recaudadas y en el área ambiental con el apoyo de la prueba de expertos, sin demeritar los otros medios de convicción; **(ii)** se propende por la protección de la persona humana; y, **(iii)** se interpretan en forma extensiva las normas que consagran o amplían sus derechos y de manera restringida todas aquellas que los limitan.

§85.7. Para la Corte Suprema de Justicia se encausa la responsabilidad de manera OBJETIVA, en tanto, supera las dificultades en que se ven avocadas las víctimas en aras de demostrar sus requisitos, especialmente el nexo causal.

²³ LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA Magistrado ponente SC3460-2021 Radicación: 05001-31-03-001-2015-00658-01. Bogotá, D. C, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021)
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/08/SC3460-2021-2015-00658-01.pdf>

§86. Es preciso aclarar que la anterior síntesis trata de cómo la Corte Suprema de Justicia aborda el daño ambiental, bajo la mirada de la responsabilidad objetiva.

§87. Como se indicó previamente, la responsabilidad administrativa se enmarca en la imputación y en los títulos de imputación.

2.7. Imputación jurídica

§88. En cuanto a las partes demandadas particulares, la responsabilidad es general: “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...*”. (art. 2341 CC)

§89. Frente a las entidades públicas, debe hacerse una atribución jurídica de imputación.

§90. Los municipios tienen las siguientes funciones respecto al ambiente y la salud: **(i)** la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado -art. 49 CP; **(ii)** todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano – art. 79 CP-; **(iii)** la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, el cual intervendrá, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes -art. 334-; **(iv)** los alcaldes deben cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, como conservar el orden público en el municipio- art. 315 CP; **(v)** ejercer funciones de control y vigilancia del medio ambiente, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano. – art. 65.6 L.99/1993; y, **(vi)** vigilar la calidad del aire y ejecutar proyectos para el control a las emisiones contaminantes del aire– art. 44.3.3.3. y 76.5.4. L.715/2001.

§91. Frente a la calidad del aire el artículo 68 del Decreto 948 de 1995 le señaló a los municipios las siguientes funciones:

“ARTICULO 68. Funciones de los municipios y distritos. En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 65 y concordantes de la Ley 99 de 1993, corresponde a los municipios y distritos en relación con la prevención y control de la contaminación del aire, a través de sus alcaldes o de los organismos del orden municipal o distrital a los que éstos las deleguen, con sujeción a la ley, los reglamentos y las normas ambientales superiores:

(...)

b. Dictar medidas restrictivas de emisión de contaminantes a la atmósfera, cuando la circunstancias así lo exijan y ante la ocurrencia de episodios que impongan la declaratoria, en el municipio o distrito, de niveles de prevención, alerta o emergencia.

c. Establecer las reglas y criterios sobre protección del aire y dispersión de contaminantes que deban tenerse en cuenta en el ordenamiento ambiental del territorio del municipio o distrito, en la zonificación del uso del suelo urbano y rural y en los planes de desarrollo.

(...)

f. Ejercer funciones de control y vigilancia municipal o distrital de los fenómenos de contaminación atmosférica e imponer las medidas correctivas que en cada caso correspondan.

g. Imponer, a prevención de las demás autoridades competentes, las medidas preventivas y sanciones que sean del caso por la infracción a las normas de emisión por fuentes móviles en el respectivo municipio o distrito, o por aquéllas en que incurran dentro de su jurisdicción, fuentes fijas respecto de las cuales le hubiere sido delegada la función de otorgar el correspondiente permiso de emisión.”

§92. En materia de transporte de pasajeros como servicio público, dentro de los municipios la autoridad de transporte competente es el alcalde, quien ejerce la inspección, vigilancia y control de la prestación del servicio. Así mismo, el municipio otorga la habilitación, como también asigna a las empresas transportadoras de pasajeros: las rutas, el nivel del servicio, las frecuencias, la clase y número de vehículos (arts. 10, 11, 13, 28, 32, 33 D.170/2001).

2.8. El daño

2.8.1. La contaminación

§93. **El fenómeno de la contaminación está demostrado** en la zona de la carrera 21 entre calles 21 y 30 de la ciudad de Manizales desde 2002 se tiene noticia de la contaminación por gases y ruido. Aunque la contaminación por ruido aún persiste, a pesar que el transporte público de pasajeros se pasó a otra avenida, después de 2010.

§94. En efecto: **(i)** a partir del 5 de septiembre de 2002²⁴ aparece en el expediente la queja comunitaria más antigua acerca de la contaminación del aire, por partículas de gases como por ruido; **(ii)** el 6 de septiembre de 2002²⁵ el alcalde de Manizales compartió dicha preocupación ciudadana; **(iii)** el 18 de marzo de 2003 Corpocaldas emitió el concepto 401943²⁶ de: “... los niveles de presión sonora continuos equivalentes (*leq*)... desde el interior del establecimiento de comercio Drogas La 21... reportó un valor de 76,3 dB (A) correspondiente a un nivel sonoro por encima del límite propuesto ... en 70 dB (A)...”; **(iv)** el 14 de octubre de 2003 Corpocaldas expidió el concepto 408314²⁷ donde indica “... los fenómenos de contaminación por ruido y por monóxido de carbono en la cra 21, proveniente del parque automotor, tanto de vehículos de servicio público como particulares, le informo que aun este sector percibe un grado de contaminación de interés...”; **(v)** el 28 de abril de 2005²⁸ Corpocaldas informó sobre las mediciones de los niveles de dióxido de azufre y ácidos de nitrógeno que “... Con los resultados anteriores, se corrobora ... la evidente contaminación del sector debido al tráfico vehicular...”; **(vi)** las sentencias del 16 de febrero de 2006 del Tribunal Administrativo de Caldas, y del 3 de junio de 2010²⁹ del Consejo de Estado encontraron demostrada la existencia de contaminación en la zona de interés, por lo que declaró la responsabilidad colectiva del municipio de Manizales y las empresas de transporte público colectivo, y ordenó las medidas para disminuir la contaminación,

²⁴ f. 278 c.1

²⁵ F. 291 c.1

²⁶ F. 236 y 237 c.1

²⁷ F. 295 c.1

²⁸ Fs. 540 y 541 c.1

²⁹ C. 16

como el cambio de sistemas de combustión menos lesivos como la racionalización del servicio; y, **(vii)** el 24 de septiembre de 2012, en la reunión del comité de verificación de las anteriores sentencias, Corpocaldas dejó constancia que: “... según los estudios que se han realizado en la carrera 21, antes con servicio público y sin servicio público, obviamente por al traslado el servicio público por la Avenida del Centro hubo un notorio impacto en la reducción de material particulado en la Cra 21, más no en el tema del ruido... continua por encima en horas del día está en 76 decibeles...”-sft-³⁰.

2.8.2. Los daños ambientales y perjuicios a la salud- La causalidad relevante

§95. Como pruebas de los daños y perjuicios a la salud, por contaminación por ruido y por gases se allegaron las historias clínicas de algunos demandantes, los interrogatorios de parte y dos peritaciones, de las cuales se resaltan las siguientes:

§96. Las peritaciones fueron materia de objeción por Unitrans y Socobuses, las cuales fueron desechadas en la sentencia dándole mérito a los informes de expertos. Toda vez que, en las alegaciones en segunda instancia los objetantes no insistieron en las objeciones, incluso Socobuses se basó en los mismos para sus razonamientos, se asumirán dichos conceptos periciales.

§97. Contaminación por ruido:

§97.1. Las historias clínicas aportadas con la demanda indican las siguientes afecciones que padecen los accionantes:

María Lucy Arias	"Hipoacusia neurosensorial bilateral leve en sonidos graves y moderada en sonidos agudos. Con promedio de pérdida por oído derecho de 35 decibeles y 31.6 decibeles por e/ oído izquierdo. Comprensión de palabras a/ 100% a 35 decibeles bilateral".	fls. 110 a 112 C.I
Dioselina Rojas Zapata	vértigo posicional. Hipoacusia neurosensorial en estudio"	fl. 31 C.8
Ramiro Rodas S Tobar	"hipoacusia bilateral moderada"	fls. 168 a 170 c.1
Pedro Francisco Vargas	"hipoacusia izquierda moderado"	fls. 183 a 185 c.1
Bernardo Alzate Marín	"hipoacusia bilateral leve"	fls. 186 a 188 c.1
Bernardo Alzate Marín	"sordera neurosensorial bilateral, secuelas de exposición a ruido"	fl. 27 C.8
Yolanda Echeverry Cuartas	"hipoacusia derecha moderada"	fls. 189 a 191 C. 1
María Eugenia Gómez	"hipoacusia derecha"	fls. 195 a 197 c.1
María Eugenia Gómez Martínez	"sordera neurosensorial bilateral más oído derecho"	fl. 29 C.8
José Ever Cardona Cárdenas	hipoacusia bilateral leve	fls. 204 a 206
Alcides Cardona Zuluaga	hipoacusia izquierda leve	fls. 213 a 215

³⁰ F. 1374 c. 1C

Adelayda Vásquez Arias	"hipoacusia izquierda leve"	fls. 216 a 218 c.1
Norma Esperanza Gómez Martínez	hipoacusia en estudio de od	fl. 28 C.8
María Lucy Arias Ocampo	sordera neurosensorial bilateral, secuelas de exposición ruido	fl. 30 c.8
José Marino Martínez Villa	hipoacusia de ode leve	fl. 32

§97.2. El informe pericial y su complementación del otorrinolaringólogo Jorge Rafael Villamizar Rubio³¹ señaló que:

§97.2.1. Hizo la valoración médica de 6 pacientes con patología auditiva.

§97.2.2. Solo en tres pacientes se confirmó patología auditiva: María Lucy Arias, Bernardo Álzate, Dioselina Rojas.

§97.2.3. Sobre los factores precisó que no es posible atribuir como única causa la exposición al ruido, porque es multifactorial: genéticas enfermedades sistémicas, medicaciones, tóxicos, ruido, enfermedades inmunológicas y la herencia entre otras. Siendo la exposición el ruido uno de los factores desencadenantes más frecuentes, principalmente cuando hay un tiempo de exposición prolongado y de alta intensidad. También agregó que a partir de los 50 años se pierde la capacidad auditiva. Se agrava con enfermedades como la diabetes, medicamentos como los diuréticos, la aspirina, el ruido, la susceptibilidad individual, además de la herencia.

§97.2.4. En cuanto al ruido: **(i)** según los informes era mayor a los permitido en zona comercial que son los 70 dB; **(ii)** Si la situación se perpetúa hace necesario el uso de audífonos por la intensidad de la pérdida auditiva; **(iii)** dio una valoración global de los costos de adaptación de audífonos; **(iv)** existe susceptibilidad individual al ruido, aunque el paciente no tenga los factores de intensidad y tiempo de exposición prolongado.

§97.2.5. Considera que son nocivas para la salud, el ruido superior a los 73 d B y con jornadas laborales de parte de los pacientes en promedio de 8 horas diarias.

§97.2.6. No se tuvo ninguna información previa del estado de los pacientes,

§97.2.7. Aclaró que, “... se hubiese hecho necesario tener una -sic- examen audiológico en el momento que el paciente inicio su trabajo en la zona de la cra 21 y con los exámenes de seguimiento haber visto el deterioro de la audición en el tiempo, además de las mediciones efectuadas en las calles a diferentes horas para ver la contaminación originada por los móviles.”

§97.3. Según el perito, es posible identificar las múltiples causas relevantes para las afecciones auditivas en general, de las cuales la exposición el ruido uno de los factores desencadenantes más frecuentes.

³¹ Fs. 26 a 40, 157 a 158 c.8.

§97.4. Sin embargo, el dictamen solo identificó a tres pacientes con patologías auditivas, de seis valorados. No ponderó la importancia de las múltiples causas que pudieron afectar a estos pacientes. Y señaló que era necesario contar con la valoración al inicio de su trabajo para valorar su evolución.

§97.5. Por lo que no es posible identificar la ponderación y atribución del ruido generado por el transporte público como factor más relevante en las afectaciones a la salud de los tres demandantes donde se confirmó la patología acústica.

§98. En cuanto a la contaminación por material particulado, se contaron con dos peritajes: el ya referido del otorrinolaringólogo Jorge Rafael Villamizar Rubio en cuanto a vías aéreas superiores, y del neumólogo Carlos Darío Aguilar³².

§98.1. Las historias clínicas aportadas con la demanda indican las siguientes afecciones que padecen los accionante:

Pablo Pachón	paciente quien presenta hipertrofia papilar en ambos ojos; muy posiblemente debida a contaminación ambiental. acompañando su tratamiento médico debe alejarse de la contaminación ambiental	fl. 138 C. 1
Angela María Londoño Restrepo	obstrucción pulmonar moderada	fls. 139 a 143 c.1
Angela María Londoño Restrepo	rinitis alérgica. hipotrofia de cornetes inferiores	fl. 34 C.8
María Elsy Gil	obstrucción pulmonar leve	fls. 147 a 149 c.1
Jairo Muñoz Cuervo	obstrucción pulmonar moderada	fls. 150 a 152 C. 1
Blanca Bedoya Carvajal	obstrucción pulmonar moderada	fls. 159 a 161 c.1/
Dioselina Rojas Zapata	obstrucción pulmonar moderada	fls. 165 a 167 c.1
Oscar Baena Gómez	obstrucción pulmonar leve	fls. 177 a 179
Jorge Wilder Parra	obstrucción pulmonar leve	fls. 180 a 182
Jorge Wilder Parra	"rinitis alérgica. desviación septal faringitis crónica	fl. 33 C.8
Pedro Francisco Vargas	obstrucción pulmonar leve	fls. 183 a 185 c.1
Bernardo Alzate Marín	obstrucción pulmonar severa	fls. 186 a 188 c.1
Yolanda Echeverry Cuartas	obstrucción pulmonar moderada	fls. 189 a 191 C. 1
Norma Esperanza Gómez	obstrucción pulmonar leve	fls. 192 a 194 c.1
María Eugenia Gómez	obstrucción pulmonar moderada	/fls. 195 a 197
José Fernando Rodas Rivera	obstrucción pulmonar leve	fls. 198 a 200 C. 1
Luz Stella Rodas Rivera	obstrucción pulmonar moderada	fls. 201 a 203 c.1
María Teresa Arbeláez	diagnostico pulmonar leve	fls. 210 a 212 c.1
Adelayda Vásquez Arias	obstrucción pulmonar moderada faringitis crónica-reflujo gastro laríngeo. diabetes tipo 11	fls. 216 a 218 c.1 fl. 28 C.8
María Lucy Arias Ocampo	rinitis alérgica	fl. 30 c.8
José Marino Martínez Villa	cáncer de laringe controlado	fl. 32

³² Fs. 26 a 40, 157 a 158, 134 a 156, 159, 160 c.8.

Daniel Antonio Serna Gómez	desviación septal/ rinitis alérgica	fl. 35 C.8
Laura Morales Gómez	rinitis alérgica. deflexión septal hipertrofia de cornetes	fl. 37 C.8

§98.2. El informe pericial y su complementación del otorrinolaringólogo Jorge Rafael Villamizar Rubio³³ señaló:

§98.2.1. Hizo la valoración médica de seis pacientes que presentan patología asociada a fenómenos rinítico como son crecimiento de cornetes y desviación de tabique. Y uno con cáncer, sin factores relacionados con el cigarrillo o el alcohol.

§98.2.2. Los problemas de contaminación del medio ambiente por los productos de combustión del ACP y la gasolina se conoce la irritación que produce sobre las mucosas de la vía área aumentando los problemas de rinitis, sinusitis, faringitis, bronquitis y asma. Si el tiempo de exposición es demasiado prolongado y existe una condición genética, se convierte en una enfermedad crónica que exige tratamiento permanente, alterando su calidad de vida, con incapacidad parcial o total. También se ha relacionado con problemas de tumores malignos a nivel de pulmón.

§98.2.3. Hizo una valoración general de costos por tratamientos sintomáticos de rinitis, entre \$150.000 mensuales a \$4.000.000 por cirugía.

§98.3. El neumólogo Carlos Darío Aguilar indicó:

§98.3.1. Las secuelas de dicho material particulado sobre el aparato respiratorio no son relevantes ya que dicho material es de un tamaño muy grande para ser aspirado a fondo en pulmón.

§98.3.2. Las personas involucradas en la demanda tenían desde el interrogatorio entre sus antecedentes personales compromisos respiratorios que no pueden ser atribuidos en su totalidad a la exposición al material en cuestión, porque han sido fumadores, que en este caso sería la causa primera de su lesión, o por tener un diagnóstico previo de asma, que mejora con los inhaladores formulados en su historia clínica previa.

§98.3.3. Al cesar la exposición, las lesiones atribuidas por ellos a la contaminación persistieron en el tiempo, lo que no es esperado en caso de lesión por contaminación.

§98.3.4. Las consecuencias de esta exposición no pueden ser relacionadas en su totalidad a la contaminación ambiental.

§98.3.5. Las personas examinadas dentro de sus antecedentes personales presentan patología pulmonar, que explica de por sí, su compromiso tales como: tabaquismo, asma, rinitis alérgica y enfermedades respiratorias propias de la infancia. Los exámenes de laboratorios practicados tales como radiografía, espirómetro y exámenes de sangre practicados a las personas implicadas

³³ Fs. 26 a 40, 157 a 158 c.8.

presentan algunas alteraciones que no pueden ser atribuibles a la causa demandada (contaminación por material particulado emitido por el transporte público)

§98.4. De los anteriores informes, no es posible determinar que la contaminación de gases por material particulado es una de las causas relevantes que se le pueda atribuir las afecciones en la salud de los accionantes, debido a que los conceptos profesionales no son concluyentes, y persistieron las afectaciones en la salud, incluso después de haber dejado de circular el transporte público de pasajeros por la carrera 21 después del año 2010.

§99. De esta manera, no se comprueba que los daños en la salud tengan causa relevante principal en la contaminación por ruido y material particulado por la carrera 21.

2.8.3. Los daños ambientales y perjuicios materiales- La causa relevante

§100. Como pruebas de los daños y perjuicios en los bienes de los demandantes, por contaminación por material particulado se allegaron: las historias clínicas de algunos demandantes, los interrogatorios de parte y dos peritaciones, de las cuales se resaltan las siguientes: **(i)** certificados de matrícula mercantil, tradición de inmuebles como de existencia y representación de sociedades y propiedades horizontales; **(ii)** certificaciones laborales y de contadores como contratos para pintura, lavado y mantenimiento de paredes como de maquinaria; **(iii)** contratos de arrendamiento; **(iv)** fotografías y recortes de prensa; **(v)** declaraciones de parte de los accionantes; **(vi)** declaraciones de testigos que hicieron mantenimiento o administradores de inmuebles; **(vii)** un dictamen pericial del señor Carlos D. Aguilar D. y el dictamen que sustentó la objeción grave del señor José Venancio Adarmes Sotelo.

§101. En cuanto a las fotos y noticias de prensa, como la apelación no contradujo los criterios que tomó el juzgado sobre su valoración, se mantendrá su estimación: las fotos no tienen constancia de cuándo ni quién las tomó; y los recortes de prensa demuestran la noticia que consta en ellos.

2.8.3.1. Los peritajes y sus objeciones

§102. Inicialmente se presentó el informe pericial del señor José Venancio Adarmes Sotelo³⁴, del cual fue solicitada complementación por el juzgado el 30 de abril de 2010³⁵, que fue presentada el 2 de julio y 9 de agosto de 2010³⁶. Fue dado en traslado el 10 de agosto de 2010. La parte demandante y el municipio de Manizales solicitaron aclaraciones.

§102.1. La empresa Unitrans objetó por error grave el informe, con los siguientes argumentos: **(i)** es confuso al no presentar soportes, recibos de caja, facturas o documentos de los proveedores; **(ii)** incluyó aspectos no solicitados en el

³⁴ Fs. 27 a 56 c.11

³⁵ F. 1015 c.1b

³⁶ F. 57 a 94 c.11

cuestionario, como lavada de vestidos y cortinas, sin soportes; **(iii)** no aparecen las constancias de mayores valores pagados como se solicitó en el cuestionario; **(iv)** no son claras las sumatorias; y, **(v)** señala que la lavada de una fachada cuesta lo mismo que su pintura.

§102.2. La empresa Autolegal objetó el informe, porque: **(i)** se incluyeron conceptos no pedidos como lavada de ropa y cortinas; **(ii)** solo se calcularon costos en que se podría haber incurrido; **(iii)** no se indicaron cuáles son los mayores valores; **(iv)** las sumatorias de los cuadros no son claras; y, **(v)** señala que la lavada de una fachada cuesta lo mismo que su pintura.

§103. En auto del 24 de agosto de 2010 el juzgado ordenó la adición y aclaración del informe, la cual se presentó el 4 de octubre de 2010³⁷. El 26 de octubre de 2010 se puso en traslado la adición y aclaración. La parte demandante solicitó la adición, Unitrans insistió en la objeción por no contar con respaldos probatorios. El 3 de diciembre de 2010 el juzgado solicitó una nueva aclaración, que fue presentada el 24 de enero de 2011³⁸.

§104. Esta última complementación del informe fue objetado por las siguientes parte: **(i) el municipio de Manizales** por falta de información sobre los expertos escuchados, ni hay sustentos de las causas del deterioro inmobiliario y del mobiliario; **(ii) Unitrans** insistió en los sustentos de la objeción que interpuso; **(iii) Expreso Sideral** señaló inconsistencias en la valoración del edificio Tamanaco porque inicialmente se indicó que no tenía cortinas ni persianas, pero en las aclaraciones sí dio un costo por su mantenimiento; también el perito solo transcribió los informes de gastos dados por los demandantes. Por lo que solicitó la designación de un perito para probar la objeción.

§105. Por auto del 24 de mayo de 2011 el juzgado de primera instancia dio trámite a la objeción, negó la prueba pericial solicitada por Expreso Sideral, pero decretó uno de oficio para que responda nuevamente el cuestionario hecho al primer perito.

§106. El segundo informe pericial fue presentado por el señor Hugo Candamil Calle el 10 de octubre de 2012³⁹. El juzgado corrió traslado del mismo el 19 de febrero de 2013⁴⁰. Expreso sideral y Unitrans solicitaron aclaración y complementación. Autolegal objetó por error grave porque: **(i)** no se establecieron los mayores valores pagados por los actores; **(iii)** se calcularon los valores por un período de 14 años y no 10 años como se solicitó en el cuestionario; **(iv)** presume que todos los inmuebles fueron pintados anualmente, y averiguó los reales los costos de la pintada de edificios; **(v)** se debieron de haber aportado las facturas y los contratos de servicios de pintura y mantenimiento correspondientes que hicieron los demandantes; y, **(vi)** se incluyó el arreglo de aleros de la clínica Fame que puede tener causas distintas a la vibración de las calles.

§107. Por auto del 19 de julio de 2013 se ordenó la aclaración y complementación del dictamen, el cual fue presentado el 13 de septiembre de 2013. Por auto del 10 de mayo de 2014 el juzgado negó la objeción grave contra la aclaración del informe pericial.

³⁷ Fs. 95 a 112 c.11

³⁸ Fs. 113 a 156 c.11

³⁹ Cuaderno 15

⁴⁰ F. 1211 c.1b

§108. El juzgado de primera instancia omitió decidir la objeción contra los anteriores conceptos periciales.

§109. Con respecto a la objeción por error grave, “... *si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...*” pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”⁴¹

§110. Una vez revisados los dictámenes periciales, se encuentra que ambos estimaron el costo de mantenimiento y pintura de los bienes muebles e inmuebles, en forma general. O sea, determinaron el costo promedio de la pintura o mantenimiento de bienes muebles e inmuebles, por metro cuadrado o unidad. Luego establecieron el área de metros cuadrados o unidades por inmueble. Y consecuentemente multiplicaron ambas cifras, dando un valor por año.

§111. El dictamen del señor Candamil sí valoró el mayor valor. Estimó que, en condiciones normales, solo se requiere que cada tres años se realicen las pinturas y los mantenimientos de los muebles e inmuebles, pero en los inmuebles de los actores debieron realizarse dos por año. Igual método se realizó para ropa, cortinas.

§112. Encuentra la Sala que los dos peritos no cambiaron las cualidades propias del objeto analizado, o sus atributos, o se tomó como objeto de observación una materia diferente.

§113. Por lo que las objeciones por error grave no son procedentes.

§114. Pero, debido a que el peritaje el señora Candamil sí valoró los mayores valores que se debieron haber pagado, se valorará este, y no el del señor José Venancio Adarmes Sotelo por ser incompleto.

2.8.3.2. Sobre la causa relevante

§115. Como ya se estableció, la contaminación no es sinónimo de daño ambiental. Por lo que se debe encontrar si la contaminación es la causa relevante de los daños ambientales de los bienes de los actores.

§116. En este caso, los cuestionarios a los peritos no se orientaron a establecer las causas relevantes de los daños ambientales en los bienes de los actores. En efecto

§117. Podrían estimarse los siguientes indicios que la contaminación de la carrera 21 fue la causa de los sobrecostos en el mantenimiento de los bienes de los actores en la

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO- Bogotá DC., marzo cinco (5) de dos mil ocho (2008)- Radicación número: 66001-23-31-000-1997-04013-01(16850)

carrera 21; **(i)** el perito Hugo Candamil Calle estimó: los trabajos de pintura y mantenimiento de los inmuebles en la carrera 21 se debieron hacer técnicamente cada tres años, pero se hicieron anualmente, siendo un sobre costo, lo cual sustenta por su experiencia del evaluador y sus consultas con expertos; **(ii)** sin embargo, el perito no allegó soportes de dicha afirmación; **(iii)** los testigos⁴² Luis Evelio Tabares Arias, Jhon Jairo Diaz Giraldo, William Rigoberto, Cardona Jurado y Ficsonder Antonio Ladino indicaron que son expertos en mantenimiento y pintura de edificios en varios sitios de la ciudad de Manizales, y señalan que en los inmuebles que han tratado en la carrera 21 se tienen que hacer con mayor periodicidad por la contaminación; y, **(iv)** los testigos tampoco señalaron ni allegan los fundamentos de dichas afirmaciones, salvo su experiencia.

§118. Aunque no se duda de la experiencia de los señores antes citados, lo cierto es que no existe estudio o documentos que permitan inferir que el mantenimiento y pintura de los inmuebles, establecimientos y muebles en la carrera 21, sea superior a los de otros sitios de la ciudad, que sería un indicio del efecto de la contaminación en el mantenimiento de bienes muebles e inmuebles.

§119. Tampoco existen otros elementos de juicio que permitan atribuir que los sobre costos en el mantenimiento de los muebles e inmuebles se deba a la contaminación.

2.8.3.3. De los perjuicios materiales

§120. Se observa que los peritajes dieron un estimativo general de los gastos que se deberían haber hecho por el mantenimiento. Empero, no se analizaron ni se allegaron los sustentos completos que comprueben lo que cada uno de los demandantes efectivamente erogó por dichos mantenimientos y pinturas.

§121. En efecto, como se verá en el cuadro adjunto:

§121.1. Solamente acreditaron la propiedad inmobiliaria o de establecimientos de comercio: Jairo Agudelo Silva como propietario del establecimiento El Emporio de las Máquinas; Norma Gómez M como propietaria de apartamento 502 y apartamento 2 del edificio Bolívar y del Edificio Patricia; Pedro Francisco Vargas Rivera del Parquero Bolívar; José Octavio Giraldo Vargas de la Librería Odisea; José Fernando Galvez C. de Drogas La 21; José Marino Martínez Villa del Centro de los Deportes; Olga Liliana Osorio de Manizales Naturismo; Jesús Edgar Chica de la Librería Mafalda.

§121.2. Sin embargo, los demandantes: Juan de Jesús Ospina y Camelia González son representantes legales de la sociedad Clínica Fame, esta última dueña de la clínica; Fernando Gómez Chica es socio gestor de la Sociedad Gómez Hoyos y Cía. la cual es propietaria del Edificio Tamanaco; Inés Giraldo Rivera es apoderada general de Aura Patricia Rivera Giraldo que es la propietaria del 50% del inmueble en la carrera 21 24-26.

⁴² Fs. 1 a 26 c.11

§121.3. De los siguientes demandantes no se allegaron pruebas de los gastos asumidos: José Octavio Giraldo Vargas de la Librería Odisea; Olga Liliana Osorio de Manizales Naturismo.

§121.4. De esta forma, para valorar los perjuicios a estudiar serían de: JAIRO AGUDELO SILVA, del establecimiento de comercio El Emporio de las Máquinas; NORMA GOMEZ M. de los apartamentos 502 y apartamento 2 Copropiedad Edificio Bolívar y el Edificio Patricia; PEDRO FRANCISCO VARGAS RIVERA Carrera 21 23-39; JOSÉ FERNANDO GALVEZ C. de Drogas La 21; JOSÉ MARINO MARTINEZ VILLA del almacén Centro de los Deportes; y JESUS EDGAR CHICA de la Librería Mafalda.

Demandante	Certificado Existencia Matrícula mercantil	Inmueble o establecimiento	Certificado de Tradición	gastos comunes	gastos particulares
JUAN JAIRO MUÑOZ CUERVO - demandante	NO SE ACREDITA		NO SE ACREDITA		
JUAN DE JESÚS OSPINA	Certificado de existencia y representación de la Sociedad Clínica Fame IPS Ltda <u>los demandantes son gerente y subgerente</u>	Clínica Fame Carrera 21 23-26			Certificado del médico Director de la Clínica Fame de gastos de pintura y mantenimiento de equipos desde 1996 a 2010 por \$133.000.000
CAMELIA GONZÁLEZ					
MARY ARIAS		Apto 601 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	NO SE ACREDITA	Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14 entre 2001 a 2005 Realizados: \$15.197.500 Por realizar \$13.630.000 Sustentos: constancia de administradora y de contadora, presupuesto de obra, comprobante de egreso por \$2.818.000	
MARÍA RUBIALBA ARISTIZABAL		Apto 401 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	NO SE ACREDITA		
JAIRO AGUDELO SILVA		Local 2 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	NO SE ACREDITA		
	Matricula del establecimiento de comercio	Tambien es propietario del establecimiento de comercio El Emporio de las Máquinas Carrera 21 23-20			
VALENTIN ARANZAZU		201-202 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	NO SE ACREDITA		
LUIS ENRIQUE PEÑA MENDEZ		601 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	NO SE ACREDITA		el demandante informó que desde 2002 los gastos en promedio asumidos son de \$1.200.000

JAVIER ZAMORA		701 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	NO SE ACREDITA		
RUBEN ESTRADA.		602 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	NO SE ACREDITA		
NORMA GOMEZ M.		502 y apartamento 2 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	100-101168		Contratos de obra y estimación de lavada quincenal de paredes, techos, tapetes y vidrios Entre 2001 a 2005 para el apartamento 502 por valor total de 8.500.000 Para el apartamento 2 por un valor total de \$9.000.000
	Certificado de propiedad horizontal	Edificio Patricia	100-37317		Contratos de prestación de servicios entre 2001 a 2005 para resanada y aplicación de pintura por \$15.940.000
DIOSELINA ROJAS	NO SE ACREDITA		NO SE ACREDITA		
FERNANDO GOMEZ CHICA	Certificado de existencia y representación Sociedad Gomez Hoyos y Cia <u>el demandante es socio gestor principal</u>	Edificio Tamanaco	100-20657 a nombre de Sociedad Gomez Hoyos y Cia		certificado de la Revisora Fiscal, por: (i) desocupación entre 1996 a 2006 del 20% por \$400-000-000; (ii) gastos de mantenimiento pro \$157.825.253. Documento de representante legal de Gómez Hoyos y Cía, donde señala que entre 1996 a 2010 han asumido: (i) por pintura interior de \$93.000.000; (ii) arreglo alero por \$9.595.984; (iii) desocupación inquilinos \$311.000.000; (iv) pintura apartamento \$80.000.000; (v) aseo \$99.000.000; (v) limpieza mobiliario oficina \$44.100.000
PEDRO FRANCISCO VARGAS RIVERA	matrícula mercantil establecimiento Parquadero Bolívar	Carrera 21 23-39			Contratos de prestación de servicios para lavada, resanada y aplicación de pintura entre 2001 a 2005 por \$20.200.000
JOSÉ OCTAVIO GIRALDO VARGAS	Matrícula mercantil	carrera 21 24 24 Librería Odisea			

JOSÉ FERNANDO GALVEZ C.	Matrícula mercantil	Drogas La 21 carrera 21 23-28			Contratos de prestación de servicios para lavada, resanada y aplicación de pintura entre 2001 a 2005 por \$12.700.000
INÉS GIRALDO DE RIVERA	actúa como apoderada general de Aura Patricia Rivera Giraldo, que es propietaria del 50% del inmueble	Carrera 21 24-26	100-37315 Aura Patricia Rivera Giraldo, que es propietaria del 50% del inmueble		
JOSÉ MARINO MARTINEZ VILLA	Marícula mercantil	almacén Centro de los Deportes Carrera 21-24-64			Documento de un pintor que señala gastos en el año 2001 por \$1.400.000
OLGA LILIANA OSORIO	Matrícula mercantil	almacén Manizales naturismo Carrera 21-23-21 local 102			
JESUS EDGAR CHICA	Matrícula mercantil	Librería Mafalda Calle 34 21-51			Un empleado hizo contratos de prestación de servicios para la lavada, resanada y pintada del establecimiento Mafalda, entre 2001 a 2006 por \$15.900.000
JOSÉ DUVÁN ZULUAGA	NO ACREDITA LA PROPIEDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO	Impersos Panorama Carrera 21 23-36 y 23-34			el demandante informa que; (i) solicitó un préstamo de \$40.000.000 para maquinaria; (ii) el deterioro de maquinaria es de \$5.000.000; (iii) lucro cesante de \$6.000.000; (iv) maquinaria inservible \$10.000.000;

§122. El dictamen del señor José Venancio Adarmes Sotelo solo estimó los valores invertidos por los demandantes, hipotéticamente o los informados por los propios actores, sin indicar los mayores valores pagados.

§123. En tanto que el señor Hugo Candamil Calle hizo estimados globales de lo que debieron de haber invertido los demandantes, que no coincide con los soportes que existen en el proceso:

Demandante	Inmueble o establecimiento	gastos particulares	Informe de José Venancio Adarmes Sotelo de 1996 a 2010	Informe de señor Hugo Candamil Calle entre 1996 a 2006

JAIRO AGUDELO SILVA	propietario del establecimiento de comercio El Emporio de las Máquinas Carrera 21 23-20	certificado de contador de gastos entre 2001 a 2005 por pintura interna del local, mantenimiento de muebles y equipos por \$7.350.000	\$136.390	\$8.333.561 - para los años 2001 a 2005 estimó \$4.124.888
NORMA GOMEZ M.	502 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	Contratos de obra y estimación de lavada quincenal de paredes, techos, tapetes y vidrios Entre 2001 a 2005 para el apartamento 502 por valor total de <u>8.500.000</u>	\$724.000	\$15.761.412 - para los años 2001 a 2005 estimó <u>\$7.801.474</u>
	apartamento 2 Copropiedad Edificio Bolívar Carrera 21 23-14	Para el apartamento 2 por un valor total de <u>\$9.000.000</u>	\$656.200	\$22.448.220 - para los años 2001 a 2005 estimó <u>\$11.111.264</u>
	Edificio Patricia	Contratos de prestación de servicios entre 2001 a 2005 para resanada y aplicación de pintura por <u>\$15.940.000</u>	\$1.263.361	\$28.105.015 - para los años 2001 a 2005 estimó <u>\$13.911.224</u>
PEDRO FRANCISCO VARGAS RIVERA	Parqueadero Bolívar	Contratos de prestación de servicios para lavada, resanada y aplicación de pintura entre 2001 a 2005 por <u>\$20.200.000</u>		\$33.279.875- para los años 2001 a 2005 estimó <u>\$16.472.640</u>
JOSÉ FERNANDO GALVEZ C.	Drogas La 21 carrera 21 23-28	Contratos de prestación de servicios para lavada, resanada y aplicación de pintura entre 2001 a 2005 por <u>\$12.700.000</u>		\$9,188.500 - para los años 2001 a 2005 estimó <u>\$4.548.060</u>
JOSÉ MARINO MARTINEZ VILLA	almacén Centro de los Deportes Carrera 21- 24-64	Documento de un pintor que señala gastos en el año 2001 por <u>\$1.400.000</u>	\$22.800.000	\$10.862.001 - para el año 2001 estimó <u>\$935.238</u>
JESUS EDGAR CHICA	Librería Mafalda Calle 34 21-51	Un empleado hizo contratos de prestación de servicios para la lavada, resanada y pintada del establecimiento Mafalda, entre 2001 a 2006 por <u>\$15.900.000</u>		\$7.508.093 - para los años 2001 a 2005 estimó <u>\$3.716.303</u>

§124. De esta manera, aunque los informes periciales no son objetables porque tuvieron en cuenta el mismo objeto de estudio, no pueden ser usados, debido que se busca en los procesos judiciales es resarcir el mayor valor efectivamente pagado por los demandantes por la pintura o mantenimiento de sus inmuebles, establecimientos de comercio o muebles. Esto no fue establecido en los informes periciales.

§125. No escapa de la Sala la sentencia de unificación del 10 de junio de 2021⁴³ del Consejo de Estado que señaló: “*SEXTO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto al tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998, en el sentido de acoger el criterio señalado por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 2002-00351, C.P Ramiro Pazos Guerrero, según la cual la indemnización colectiva corresponde a la sumatoria de los perjuicios que individualmente se tasan para cada miembro del grupo.*”

§126. Los fundamentos de esta decisión fueron: (i) el numeral 1 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece el pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales; (ii) en dicha sentencia dio por acreditado el perjuicio ocasionado a la comunidad; (iii) “... *en el acervo probatorio no obra una prueba que permita determinar con exactitud la cuantía de los perjuicios sufridos por los demandantes. Sin embargo, la Sala no ignora las consecuencias nocivas del vertimiento de sedimentos en la vida de las comunidades asentadas en la ribera del río Anchicayá y, por tanto, con fundamento en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, se aplicará el principio de equidad, en aras de lograr la reparación integral del daño*”; (iv) “...*es claro que en el caso examinado se presentaron dificultades tanto fácticas como probatorias que impidieron la individualización de los perjuicios ocasionados a los demandantes, pero esto no es óbice para denegar la correspondiente reparación...*”-sft-

§127. La presente sala explica que, los perjuicios sí eran plenamente individualizables, debido a que los libros de comercio de los propietarios de establecimientos de comercio, sociedades o propiedades horizontales deben mantenerse por un periodo de 20 años, o 10 si se garantiza su reproducción (arts. 60 C.Co, D.410/1971, D.2649/1993, D.2500/1986)

§128. Así, tampoco se concederá una indemnización global ni en equidad.

2.8.4. De los perjuicios morales

§129. En cuanto a estos perjuicios inmateriales, la sentencia de unificación del 10 de junio de 2021⁴⁴ del Consejo de Estado regló: “*OCTAVO: UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado con respecto a los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional, en el sentido de señalar que la intervención de un sujeto de especial protección constitucional no será un criterio determinante al momento de reconocer daños morales y daños a la salud, debido a que en todo caso, las características de cierto, personal y directo deben quedar probadas, pero, por otro lado, la situación de vulnerabilidad sí resultará determinante al momento de reconocer daños a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos, debido a que el juez competente deberá evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el*

⁴³ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PRIMERA ESPECIAL DE DECISIÓN Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PRIMERA ESPECIAL DE DECISIÓN Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04584-02(AG)REV-SU

ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso.”-sft-

§130. En el presente caso, aunque las declaraciones de parte⁴⁵ de los actores expresan sus afectaciones, molestias y sentimientos frente a la contaminación, no se accederá, porque: **(i)** no existe demostración de la causalidad relevante de la contaminación frente a los daños que se sustentan en la demanda; **(ii)** no se probó una situación de vulnerabilidad de los demandantes; **(iii)** tampoco se demostró la violación de bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

2.8.5. De los títulos de imputación administrativa

§131. En el presente caso, como no se demostró el nexo de causalidad entre la contaminación y los perjuicios demandados, no es posible aplicar los títulos de imputación de falla del servicio y daño especial.

§132. En cuanto al título de imputación de riesgo excepcional, la actividad peligrosa de conducción de vehículos automotores se refiere al marco de la actividad de la conducción del vehículo, más no para la contaminación que él genera, debido que la contaminación no es sinónimo de daño o perjuicio, como antes se aclaró.

2.9. Costas de segunda instancia

§133. En materia de costas, como la parte demandante no actuó temerariamente en la interposición del recurso, que fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía judicial, no se condenará en costas, que tampoco se generaron, conforme al artículo 188 del CCA.

2.10. Síntesis

§134. La sala confirma la sentencia, pues la contaminación no es sinónimo de daño ambiental, y no se demostró que los perjuicios tengan nexo causal jurídicamente relevante con la contaminación.

§135. En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo De Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLARAR no probada la objeción por error grave contra los peritajes de los señores José Venancio Adarmes Sotelo y Hugo Candamil Calle.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de mayo de 2017 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

TERCERO: SIN COSTAS de la segunda instancia por lo anteriormente expuesto.

⁴⁵ c.

CUARTO: En caso de presentarse la solicitud de revisión eventual dentro de los ocho (08) días siguientes a la notificación de la sentencia, remítase al Consejo de Estado para lo de su competencia.

QUINTO: Remitir copia de esta decisión a la Defensoría del Pueblo.

SEXTO: EJECUTORIADA esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia”.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Declaración de Impedimento)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Controversia Contractual
Demandante: Instituto Municipal de Cultura y Turismo de Manizales
Demandado: Nubia Estella Tapia Taruntaev y otros
Radicación: 17-001-33-33-001-2013-00733-02
Acto judicial: Sentencia 143

Manizales, veintitrés (23) octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

Síntesis: (i) La parte demandante solicita que se declare el incumplimiento parcial de los contratistas en un contrato de arrendamiento, y se reconozcan los perjuicios; (ii) la sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, condenó a los contratistas al pago del capital e intereses, como a la aseguradora al pago de la suma asegurada imputable al capital que deben pagar los arrendatarios. (iii) La aseguradora solicita que se revoque la condena en su contra, porque quien debía hacer su llamamiento era la entidad y no el contratista; (iv) La sala confirma la sentencia de primera instancia.

Asunto

Se encuentra para decisión el recurso de apelación interpuesto por la llamada en garantía Seguros del Estado, en contra de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2018, por la Señoría del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, en la controversia contractual interpuesta por el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales en contra de la señora Nubia Estela Tapia y el señor Jorge Taruntaev Tapia, donde se accedió a las pretensiones de la demanda.¹

1. Antecedentes

1.1. La Demanda²

§02. La parte demandante pretende que se reconozca el contrato de arrendamiento suscrito entre el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales con la señora Nubia Estela

¹ Expediente físico Fl. 218-238, c1.A.

² Fl. 7- 45, c1

Tapia y el señor Jorge Taruntaev Tapia. También se declare el incumplimiento parcial de los demandados. En consecuencia, se condene a los demandados al pago de: **(i)** los perjuicios materiales por el monto del canon mensual de \$29.707.800; **(ii)** intereses moratorios por \$18.091.000; y, **(iii)** se ordene la liquidación del contrato con el pago de las costas.

§03. La demanda señaló en los hechos:

§04. Entre el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales – en adelante el **arrendador**- y los señores Nubia Estella Tapia Taruntaev y Jorge Taruntaev Tapia – en adelante los **arrendatarios**- se celebró el contrato de arrendamiento, sobre el inmueble cancha de arena del barrio Baja Suiza, con el fin de realizar el evento ferial conocido como '*Arrierías y Fondas*', en el marco de la versión 56 de la Feria de Manizales.

§05. Según la cláusula segunda del contrato, el valor sería de \$98.012.000, los cuales se pagarían de la siguiente manera: **(i)** el 35% por 34.304.200 a más tardar el 15 de diciembre de 2011; **(ii)** el 35% por 34.304.200 a más tardar el 2 de enero de 2012; y, **(iii)** el último pago por el 30% restante, \$29.403.600.00 a más tardar el 06 de enero de 2012.

§06. La cláusula cuarta estableció que el “... *término de duración del contrato será desde la suscripción del acta de iniciación y hasta el 17 de enero de 2011 la cancha y sus alrededores y hasta el 13 de enero de los lotes que componen el denominado lote A el sector de la baja suiza. El evento propiamente dicho, es decir las fondas desarrollará entre el 2 y el 8 de enero de 2012. El contrato tendrá una vigencia de 4 meses más para su liquidación*”.

§07. El 13 de diciembre de 2011 se firmó un otro si modificadorio del contrato, relacionado con la garantía única exigida.

§08. A través de la resolución P-049 de diciembre 13 de 2011 se aprobaron las pólizas de cumplimiento exigidas en el contrato, 42-44-101044827 y 42-40- 101009931 del 13 de diciembre de 2011, expedidas por la Compañía de Seguros del Estado SA.

§09. Para el 7 de enero de 2012 los demandados incumplieron parcialmente los pagos, porque realizaron dos erogaciones de \$34.304.200 y de \$34.000.000. Para un total de \$58.830.200. Pero no pagaron el excedente final de \$29.707.800. Por consiguiente, los demandados se encuentran en mora.

§10. El 10 de enero de 2012 los arrendatarios solicitaron un acuerdo administrativo para el pago de solo el 50% del contrato.

§11. El Instituto de Cultura y Turismo cumplió todas las obligaciones del contrato.

§12. Como fundamentos jurídicos la demanda se apoyó en los artículos 1594, 1609, 1615, 1626, 1627 y 1649 del Código Civil; 177 del C.P.C. sobre la carga probatoria; y 169 del C.C.A.

1.2. Contestación de la demanda por los arrendatarios

§13. Se opusieron a las pretensiones, y aceptaron los hechos referidos a las cláusulas del contrato.

§14. Como fundamentos de la defensa, los accionados sostuvieron: **(i)** según el contrato, los arrendatarios debían costear todos los gastos del evento *ARRIERÍAS Y Fondas*; **(ii)** el evento fue un fracaso, lo cual se informó al contratante desde el 31 de enero de 2012; **(iii)** el evento se desarrollaba según los parámetro de gastos de los documentos adjuntos al contrato F-O15 y F-O18; **(iv)** la alcaldía de Manizales – Secretaría de Rentas debía colocar los sellos a la boletería, de la cual se perdieron 31 numeraciones, lo que dio lugar a una falsificación a gran escala, que afectó el evento; **(v)** también se modificó la programación de la Feria de Manizales, dentro de la cual se desarrollaba las Fondas y Arrierías, lo que perjudicó a los accionados; **(vii)** a través del acta 001 del 20 de enero de 2012 la contratante liquidó el contrato pero los arrendatarios se negaron a firmarlo por encontrar inconsistencias; y **(viii)** los contratistas interpusieron negociaciones al contratante, el cual negó alguna posibilidad de arreglo.

§15. Propuso como excepción el **Desequilibrio Financiero** porque: **(i)** se presentaron factores externos al contratista para adelantar el evento, que no le pueden ser imputados como son la falsificación de boletas y el cambio de la programación de la Feria de Manizales, porque la presentación de artistas se hizo solo en la Plaza de Bolívar y no en el evento programado por los contratistas, lo que afectó los rendimientos; **(ii)** los contratistas no pueden asumir la presencia de aleas en el contrato estatal, que pueden alterar la economía del contrato, bajo la teoría de la imprevisión; y, **(iii)** cuando el contratante deja de percibir un ingreso no se puede entender que se le esté causando detrimento.

§16. Los demandados propusieron llamamiento en garantía contra Seguros del Estado SA, el cual fue admitido por el juzgado.

1.3. Llamamiento en garantía

§17. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§18. Como excepciones frente a la demanda propuso: **(i) flagrante violación del debido proceso** porque la imposición de las multas no se hizo conforme al procedimiento previsto en la Ley 1474 de 2011 que establece el procedimiento a través de audiencia y citación de la aseguradora; **(ii) el incumplimiento de los contratistas se debió al desequilibrio financiero** por los sucesos imprevistos del hurto de la boletería, el clima y el cambio de programación de la Feria de Manizales; y, **(iii) genérica**.

§19. Frente al llamamiento se propusieron las siguientes excepciones: **(i) improcedencia del llamamiento – falta de legitimación de los llamantes para hacer el llamamiento**, ya que el llamamiento lo realiza el tomador y en el seguro de cumplimiento debe ser la entidad beneficiaria/asegurada a la cual se protege su patrimonio; **(ii) falta de legitimación por pasiva material del llamado**, en el caso que no exista falta de legitimación material de los accionados; **(iii) sujeción al**

contrato de seguro y las normas que lo regulan, conforme a las condiciones de la póliza; **(iv) límite del amparo asegurado** ya que la empresa solo responde hasta concurrencia de la suma asegurada; **(v) ausencia de cobertura de la póliza por lucro cesante y los intereses reclamados**, pues solo se amparó el daño emergente; **(vii) prescripción extintiva** prevista en el artículo 1081 del C. de Co.; y, **(viii) genérica**.

1.3. Sentencia de Primera Instancia³

§20. El juzgado de instancia accedió a las pretensiones de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLÁRASE INFUNDADA la excepción de **"DESEQUILIBRIO FINANCIERO"**, propuestas por el apoderado de los demandados **NUBIA ESTELLA TAPIA DE TARUNTAEV** y **JORGE TARUNTAEV TAPIA**.

SEGUNDO: DECLÁRASE la existencia del vínculo contractual el **INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES** (arrendador) y los señores **NUBIA ESTELLA TAPIA TARUNTAEV** en calidad de propietaria del Establecimiento de Comercio **TNT LOGÍSTICA Y EVENTOS** y **JORGE TARUNTAEV TAPIA** (arrendatarios), con ocasión del contrato de arrendamiento Nro. 1112553 suscrito el 09 de diciembre de 2011.

TERCERO: DECLARASE el incumplimiento parcial en la obligación de pago dentro del citado contrato de arrendamiento por parte de los señores **NUBIA ESTELLA TAPIA TARUNTAEV** y **JORGE TARUNTAEV TAPIA** (arrendatarios).

CUARTO: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial por parte de [os contratistas arrendatarios, SE CONDENA solidariamente a . los señores **NUBIA ESTELLA TAPIA TARUNTAEV** en calidad de propietaria del Establecimiento de Comercio **TNT LOGÍSTICA Y EVENTOS** y **JORGE TARUNTAEV TAPIA**, a pagar a favor del **INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES**, la suma de **VEINTINUEVE MILLONES SETESCIENTOS SIETE MIL OCHOCIENTOS (\$29.707.800) PESOS MCTE**, por concepto del saldo restante del canon de arrendamiento estipulado en el contrato de arrendamiento Nro. 1112553 suscrito el 09 de diciembre de 2011, más los intereses de mora liquidados a la tasa del 31.13% desde el 07 de enero de 2012 hasta cuando sea pagado efectivamente el total de la obligación.

QUINTO: DECLÁRANSE INFUNDADAS las siguientes excepciones propuestas por el apoderado del llamado en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.:** **"FLAGRANTE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO DE DEFENSA POR PARTE DEL INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES FRENTE A LOS CODEMANDADOS Y FRENTE A LA LLAMADA EN GARANTÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A."**; **"EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA ÚLTIMA CUOTA DEL CANON DE ARRENDAMIENTO SE Debió A UN DESEQUILIBRIO FINANCIERO ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES"**; **"IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO A SEGUROS DEL ESTADO S.A. POR LOS**

³ Expediente físico Fl, 218-238, C1A.

CODEMANDADOS"; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE LOS CODEMANDADOS PARA LLAMAR EN GARANTÍA A SEGUROS DEL ESTADO S.A."; "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL POR PASIVA RESPECTO DE SEGUROS DEL ESTADO O S.A." y "PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGUROS", por los motivos expuestos en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: DECLÁRANSE PROBADAS *las siguientes excepciones propuestas por el apoderado del llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.: "SUJECIÓN DE LAS PARTES AL CONTRATO DE SEGURO Y A LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN" Y "AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL NRO. 42-44-101044827 EN CUANTO AL LUCRO CESANTE O A LOS INTERESES RECLAMADOS EN LA DEMANDA".*

En consecuencia, se condene a SEGUROS DEL ESTADO S.A., a pagar a favor del INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES, hasta la cantidad de VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS PESOS \$ 29.403.600.00, como valor asegurado al amparo de cumplimiento, pactado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal Nro. 42-44-101044827, cantidad que se imputará al capital que debe pagar los demandados conforme a lo ordenado en el numeral cuarto de la parte resolutive de este fallo."

§21. El Juez determinó como problemas jurídicos:

¿Se encuentra probado el vínculo contractual entre el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales y los señores NUBIA ESTELLA TAPIA DE TARUNTAEV como propietaria del Establecimiento de Comercio TNT Logística y Eventos y JORGE TARUNTAEV TAPIA?

¿Es procedente la declaratoria de incumplimiento parcial en la obligación de pago por parte de los contratistas antes mencionados?

¿Los demandados son responsables de los perjuicios materiales derivados del incumplimiento del contrato de arrendamiento, referido al canon de arrendamiento dejado de percibir por parte del Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, así como los intereses moratorios causados desde la fecha de exigibilidad de la obligación?

¿Se acreditó el rompimiento del equilibrio económico del contrato de arrendamiento suscrito entre el INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES y los señores NUBIA ESTELA TAPIA DE TARUNTAEV como propietaria del Establecimiento de Comercio TNT Logística y Eventos y JORGE TARUNTTAEV TAPIA?

§22. El juzgado expuso los presupuestos normativos del contrato estatal y la naturaleza jurídica del Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, concluyendo que es una entidad incluida en el Estatuto General de Contratación, y el contrato de arrendamiento celebrado tiene carácter estatal.

§23. Una vez analizadas las pruebas aportadas al proceso se consideró probado lo siguiente: (i) se acreditó el incumplimiento de las obligaciones contraídas, ya que se

superó el plazo señalado en el contrato de arrendamiento, sin que se haya demostrado el pago de la última cuota del canon del inmueble por valor de \$29.707.800; (ii) no se acreditó el rompimiento del equilibrio contractual; y, (iii) los supuestos fácticos alegados no son aquellos ajenos a los riesgos propios de las actividades a las que se dedican los demandados.

§24. En cuanto a la responsabilidad del llamado en garantía Seguros del Estado S.A., consideró que: (i) la póliza de cumplimiento de la entidad estatal tenía vigencia del 11 de diciembre de 2011 hasta el 7 de mayo de 2012; (ii) el hecho constitutivo del siniestro ocurrió dentro del término de cobertura de la póliza; y, (iii) se adelantó el trámite procesal adecuado frente al llamado en garantía.

§25. Por lo anterior, declaró el incumplimiento parcial del contrato por los contratistas arrendatarios, en la suma de \$ 29.707.800, y ordenó a Seguros del Estado pagar a favor del Instituto de Cultura y Turismo de Manizales el valor asegurado en el amparo de cumplimiento de la póliza, imputable a lo que deben pagar los contratistas por capital.

1.4. Apelación del Asegurado Seguros del Estado llamada en garantía⁴

§26. La parte demandada solicitó se revoque la sentencia.

§27. Al efecto, insistió en las excepciones presentadas en la contestación de la demanda:

§27.1. **Improcedencia del llamamiento** –, ya que en este proceso el llamamiento lo realiza el tomador y en el seguro de cumplimiento debe hacerlo la entidad beneficiaria/asegurada a la cual se protege su patrimonio, quien es la única que tiene la facultad de exigir procesalmente una indemnización. “... se constituye dicha acción en un sinsentido, por cuanto Seguros del Estado S.A., no tiene la obligación ni legal ni contractual de pagar indemnización alguna por el perjuicio sufrido por los codemandados, es más, los codemandados no sufrieron perjuicio alguno, sino que fueron quienes lo causaron...”

§27.2. En este aspecto, precisó sobre la afectación de la *FACULTAD DE RECOBRO* que prevé la ley en cabeza de la aseguradora que “... Es más, según la sentencia proferida por el despacho, si los demandados fueron condenados a pagar, y si la compañía de seguros fue condenada a pagar con respecto al valor asegurado, y si la compañía puede recobrarles a los codemandados (llamante en garantía) la suma a la que fue condenada, pues sencillamente se le puede dar aplicación a la figura de la compensación, porque para que va a pagar la compañía una indemnización si a la persona a la cual le voy a respaldar en la misma, con posterioridad le puedo cobrar el mismo dinero... es un sin sentido de carácter procesal, que una compañía de Seguros salga a proteger el patrimonio de alguien a quien después le va a recobrar lo pagado.”

§27.3. **Falta de legitimación de los llamantes para hacer el llamamiento - Falta de legitimación por pasiva material del llamado**, sustentadas en que: (i)

⁴ Expediente físico Fls. 241-247 C1A

la propia culpa del contratista no es asegurable, debido a que “... *Es imposible que, en el seguro de cumplimiento, el tomador/garantizado se constituya en víctima y por ende pueda demandar o llamar en garantía a la aseguradora en caso de incumplimiento, es ilógico, es más es ilegal, porque nadie puede alegar su propia culpa, es más, el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador son inasegurables (Art. 1055 Co. Co.)...*”; y, (ii) la aseguradora aceptó que “... *el siniestro existe, no se está negando...*”.

1.6. Alegatos

§28. El Instituto de Cultura y Turismo, parte actor, presentó alegatos de conclusión, las demás partes permanecieron silentes. El Ministerio Público no allegó concepto.

§29. **Parte actora**⁵ se ratificó en lo expuesto en la demanda e insistió en que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§30. Este tribunal es competente para conocer de la controversia, en concordia con el artículo 153 del CPACA.

§31. El marco de estudio de la Alzada se limitará a lo que fue objeto del recurso de apelación por parte del apelante único, el llamado en garantía Seguros del Estado S.A., conforme al inciso 1º del artículo 328 del CGP, que rotula: “*El Juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley*”.

§32. El objeto del recurso de apelación interpuesto por la llamada en garantía, está encaminada a revocar la sentencia de primera instancia frente a la condena impuesta a la Aseguradora Seguros del Estado S.A.

2.2. Problemas jurídicos

§33. No se encuentra en controversia el incumplimiento de los demandados del contrato de arrendamiento suscrito entre el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales y los señores Nubia Estella Tapia Taruntaev y Jorge Taruntaev Tapia, sobre el inmueble la cancha de arena del barrio Baja Suiza.

§34. Conforme a lo anterior, los problemas jurídicos a dilucidar por la Sala se concentrarán en los siguientes:

§35. ¿Si en el presente proceso, era procedente el llamamiento en garantía a Seguros del Estado?

⁵ Expediente Físico Fs. 18-20, c4

§36. ¿En el contrato de seguro de cumplimiento que respaldó el contrato de arrendamiento objeto del proceso, aplica la exclusión del dolo o culpa del contratista, prevista en el artículo 1055 del C de Co?

§37. ¿La sentencia de primera instancia afecta la facultad de recobro de la aseguradora?

2.5. Lo demostrado

§38. Como caudal probatorio se encuentra demostrado lo siguiente:

§39. El 9 de diciembre de 2011 se celebró contrato de arrendamiento 1112553, entre el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales – arrendatario- y los señores Nubia Estella Tapia de Taruntaev y Jorge Taruntaev Tapia -arrendatarios.

§40. El objeto era la “... ENTREGA A TITULO DE ARRENDAMIENTO Y EL CONTRATISTA ARRENDATARIO RECIBE AL MISMO TITULO, UN LOTE DE TERRENO QUE SE DESCRIBE A CONTINUACIÓN, CON EL FIN DE QUE DENTRO DEL MISMO SE LLEVE A CABO EL EVENTO DENOMINADO ARRIERIAS Y FONDAS, EN EL MARCO DE LA 56 FERIA ANUAL DE MANIZALES AÑO 2012 Y HACERSE CARGO DE SU DIRECCIÓN, COORDINACIÓN Y MONTAJE, ESTO ES, DE SU PRE PRODUCCIÓN, PRODUCCIÓN Y POST PRODUCCIÓN...”- c. 1-

§41. A su vez, en la cláusula segunda del contrato se estipuló la forma de pago:

“VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor del presente contrato es la suma de NOVENTA Y OCHO MILLONES DOCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$98.012.000.00) QUE EL CONTRATISTA PAGARA AL INSTITUTO DE LA SIGUIENTE MANERA. A. el 35% del valor total del contrato esto es la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$34.304.200) a más tardar el 15 de diciembre de 2011, B: Un segundo pago por el 35% del valor total del contrato, esto es, TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$34.304.200) a más tardar el 2 de enero de 2012, C. Y un tercer y último pago por el 30% restante, esto es, VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$29.403.600.00) a más tardar el 06 de enero de 2012. Los tres pagos podrá realizarlos directamente en la tesorería de la entidad ubicada en la calle 19 No 21-44 Torre A Piso 13 de la ciudad de Manizales o en la cuenta corriente Bancolombia No 07015541296 a nombre del Instituto de Cultura y Turismo de Manizales.

§42. La cláusula décimo cuarta del contrato ordenó constituir garantía por parte del contratista, incluida la cobertura de “... A) El Cumplimiento, por el 40% del valor del contrato, por el término de duración del mismo y cuatro meses más Al monto de esta garantía se imputará el valor de las multas y la cláusula penal... en donde tengan calidad de asegurados tanto la entidad contratante como el contratista a favor de la entidad contratante y terceros indeterminados que pudieran resultar afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o sus subcontratistas...”

§43. La garantía de cumplimiento fue respaldada por la Póliza de Seguro de Cumplimiento Estatal 42-44-1010044827 expedida el 13 de diciembre de 2011 por la Aseguradora Seguros del Estado S.A., con vigencia desde el 13 de diciembre de 2011 hasta el 17 de enero de 2015, cuyo tomador – **GARANTIZADO**, aparecen la señora Nubia Estella Tapia de Taruntaev. Como beneficiario-asegurado figura el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, por el valor de \$ 29.403.600.⁶

§44. Por el acta de modificación del contrato número 1, suscrita entre los contratantes, se ordenó modificar la Cláusula Décimo Cuarta del contrato respecto de la garantía única específicamente en el amparo de cumplimiento, esto es por el porcentaje del 30% del valor del contrato por el término del valor del mismo y cuatro meses más⁷.

§45. Dicha garantía fue aprobada a través de la Resolución P-049 del 13 de diciembre de 2011.

§46. El 8 de enero de 2011, la señora Nubia Estella Tapia propuso al Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, el pago del 50% de contrato, atendiendo las circunstancias que afectaron el desarrollo del evento⁸.

§47. El 23 de enero de 2012 la entidad solicitó la aclaración y ampliación de la petición⁹. El 10 de febrero de 2012, los contratistas pusieron en conocimiento de la entidad situaciones sobre el evento respecto a la comercialización¹⁰. A su vez, el 26 de febrero de 2012, los contratistas del evento arriería 2012, ponen en conocimiento las pérdidas que han sufrido¹¹.

§48. El 20 de enero de 2012 el instituto expidió el acta 01 de liquidación total del contrato de arrendamiento, donde se dejó constancia de la ejecución del 70%.¹²

§49. A través del oficio ICTM-SG-258-2013 del 22 de mayo de 2013 el Instituto citó a los contratistas para comparecer respecto al incumplimiento del contrato, encontrándose una deuda por el valor de \$29.403.600. Se ordenó poner en conocimiento de la compañía Aseguradora la situación

§50. Mediante oficio ICTM-SG-504-13 del 22 de agosto de 2013, se envió citación a Seguros del Estado, con el fin de comparecer a la audiencia de notificación de apertura e imputación del incumplimiento contractual¹³.

2.3. El contrato de seguro de cumplimiento asegura el incumplimiento del contratista

§51. El artículo 1082 del Código de Comercio establece las clases de seguros, como el de daños, que pueden ser reales o patrimoniales. Los primeros son aquellos cuyo objeto recae sobre una cosa, determinada o determinable, susceptible de valoración en dinero.

⁶ Fls. 28, c1.

⁷ Fls. 20vto, c1.

⁸ Fls. 119, c1.

⁹ Fls. 117, c1.

¹⁰ Fls. 120-123, c1.

¹¹ Fl. 118, c1.

¹² Fls. 124-131, c1.

¹³ Fls. 56, c1.

Y los segundos, son los que amparan el débito que produce la ocurrencia del siniestro en el patrimonio del asegurado¹⁴, lo que significa que son aquellos que indemnizan las consecuencias patrimoniales derivadas del hecho constitutivo del siniestro.

§52. El legislador incluyó la *CLÁUSULA DE GARANTÍA* de los contratos estatales en la Ley 225 de 1938, los artículos 67 a 70 del Decreto Ley 222 de 1983, 25.19 y 60 de la Ley 80 de 1993 y 7° de la Ley 1150 de 2007, de la siguiente manera: “*Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*” -sft-

§53. Los objetivos de esta *GARANTÍA* son proteger los fines de la contratación estatal, como el aseguramiento de la continua y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado preservando la satisfacción del interés general.¹⁵

§54. El Decreto 4828 de 2008 – derogado por el Decreto 734 de 2012- establecía que el amparo de cumplimiento cubre “... *las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.*” (art. 4)

§55. La normativa prevé que las *GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO* “... *consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto.*” (art. 7 L.1150/2007)

§56. El Decreto 4828 de 2008 preveía que la garantía de cumplimiento puede ser cubierta por una póliza de seguros -art. 3.1-.

§57. En éstas solo se aceptarían las exclusiones de:

15.2.1 Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

15.2.2 Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de este.

15.2.3 El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.

15.2.4 El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

¹⁴ Cita de cita Narvárez Bonnet, Jorge Eduardo, Ob cit P 115.

¹⁵ Sección Primera Consejo de Estado, providencia del 9 de diciembre de 2016, Radicación No. 68001-23-31-000-2005- 00216-01, Consejero Ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala

Cualquier otra estipulación contractual que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a las anteriores no producirá efecto alguno.

(...)

15.6 Inoponibilidad de excepciones a la entidad asegurada

A la entidad estatal no le serán oponibles por parte del *asegurador las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.*”-sft-

§58. El *SEGURO DE CUMPLIMIENTO* tiene unas características especiales, como lo ilustra el Doctor Andrés E. Ordóñez Ordóñez¹⁶, que lo distinguen de los tradicionales seguros. Sus peculiaridades se han perfilado históricamente por la legislación, las cláusulas que estipulan las aseguradoras, las prácticas usuales y la jurisprudencia, como en los siguientes caracteres: (i) técnicamente, la entidad contratante debería ser la tomadora del seguro de cumplimiento; (ii) no es una fianza, aunque se confunde en algunos aspectos con esta; (iii) está orientado a proteger el interés del asegurado; (iv) al contratar el seguro las aseguradoras solo se relacionan con el deudor – contratista- que no tiene un interés real en la validez del mismo contrato de seguro, ni interés asegurable ni interés en el contrato de seguro, pues solo lo requiere para acceder a la contratación con el Estado; (v) no es un seguro de responsabilidad contractual porque no cubre el patrimonio del responsable – contratista- sino de la víctima del incumplimiento contractual – el contratante; y, (vi) el concepto tradicional del *RIESGO ASEGURABLE* del Código de Comercio, debió ampliarse a un sistema de garantía de cumplimiento de los contratos estatales, a través de la Ley 225 de 1938, y el Decreto 222 de 1983, cuando establecieron que “*Las garantías podrán consistir en pólizas expedidas por Compañías de seguros.*”

§59. La jurisprudencia ha precisado que estos seguros de cumplimiento: (i) “... *son aquellos que garantizan al acreedor (entidad estatal) que serán resarcidos los daños que pueda provocar el incumplimiento de las obligaciones del deudor (contratista) dentro del marco de una relación contractual (...)* El tomador del seguro en este tipo de contratos no hace cosa distinta que trasladar el riesgo del incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo a la compañía aseguradora, de modo que, cuando se presenta el hecho constitutivo de incumplimiento a cargo del deudor y ese incumplimiento ocasiona daños que afectan el patrimonio del acreedor (generalmente la entidad esta contratante), surge la obligación de la compañía aseguradora de resarcir los daños ocasionados al beneficiario, hasta la concurrencia de la suma asegurada...”¹⁷

2.4. En el seguro de cumplimiento, cualquiera de las partes, contratante y contratista, puede llamar en garantía a la aseguradora

¹⁶ El seguro de cumplimiento de los contratos estatales en Colombia. Universidad Externado. 2011

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia del 22 de abril de 2009 Expediente 14.667

§60. El primer argumento de la apelación es que en este proceso, los contratistas que fungen como tomadores del seguro de cumplimiento, no tenían legitimación en la causa para proponer el llamamiento en garantía.

§61. El artículo 225 del CPACA consagra la figura del llamamiento en garantía: “*Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*”-sft-

§62. Se subraya que el llamamiento en garantía se fundamenta, también, en el reembolso del pago que el llamante tenga que hacer como resultado de una sentencia, como en el presente litigio contractual.

§63. El tratadista Hernando Devis Echandía ilustra que el motivo del llamamiento es que el garante atienda la defensa de la causa del **GARANTIZADO**, a su solicitud o del demandante. Y consta que en este proceso contencioso los contratistas tienen la calidad de tomador – **GARANTIZADO**, según el tenor literal de la póliza allegada:

En los Códigos de Procedimiento Civil suele otorgarse a la parte garantizada el derecho de llamar al proceso a su garante para que defienda la litis que ha de afectarlo necesariamente, ya que de sus resultados se deducirá si queda con la obligación de restituir o pagar o indemnizar en virtud de la garantía, de modo que la sentencia lo beneficia o perjudica en todo caso. E igualmente se autoriza a ese garante para que intervenga voluntariamente en el proceso, en razón del mismo interés que en él tiene, a fin de defender la causa de su GARANTIZADO y su propia relación de garantía por los efectos jurídicos y patrimoniales que le representa, precaviéndose así de las consecuencias adversas que le traería el fracaso de aquel. En el primer caso, la intervención es forzada u obligada; en el segundo, voluntaria o facultativa (cfr. núm. 199).

(...)

Generalmente, el tercero obligado en garantía podría comparecer inicialmente al proceso, como litisconsorte de la parte demandante o demandada, porque tiene el interés jurídico para ser codemandante o codemandado, como observa CHIOVENDA 135; pero no es un litisconsorte necesario, de manera que su presencia en el proceso no es indispensable para su eficacia ni para la sentencia de fondo, sino litisconsorte voluntario o facultativo, y por esto el demandante no está obligado a incluirlo en su demanda. Naturalmente, puede incluirlo entre los demandados o pedir que el juicio se inicie con citación previa de aquel, originando así un litisconsorcio inicial. Por esto no es parte procesal mientras no intervenga voluntariamente, o sea citado a solicitud de su GARANTIZADO o del demandante en la misma demanda, o de oficio cuando la Ley autoriza al juez para integrar el contradictorio, como sucede en los códigos italiano y brasileño.”-sft-

§64. El Consejo de Estado, en pronunciamientos del 21 de marzo de 2017¹⁸ y del 2 de marzo de 2019¹⁹ ha señalado que el llamamiento en garantía en el seguro de

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN C- Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000233600020140134201(55409)

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-

cumplimiento estatal lo pueden realizar, tanto el contratante como el contratista, con auxilio del doctrinante Hernán Fabio López Blanco:

“Al respecto el tratadista Hernán Fabio López, señaló:

(...)

“El llamamiento en garantía lo puede realizar tanto el demandante como el demandado, aun cuando en la casi totalidad de los eventos se efectúa por éste último, lo cual no significa como algunos juzgados lo han estimado, que únicamente sea el demandado el llamado a hacerlo. Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de seguro que garantiza el pago de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de un contrato, perfectamente puede formularse la demanda en contra del contratante incumplido para que se declare el monto de los perjuicios y, junto con la demanda, llamar en garantía a la aseguradora para que se le obligue a la indemnización del perjuicio sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual del demandado, pues de no existir esta posibilidad, sería necesario esperar al resultado del proceso para luego demandar a la aseguradora, que es la actuación que, precisamente, y en desarrollo del principio de la economía procesal, se quiere evitar.”²⁰
(Resaltado propio)

Por lo que existe la posibilidad de que tanto el demandante como el demandado llamen a las compañías aseguradoras bajo la figura del llamamiento en garantía. En virtud de que no solo puede llamar en garantía LA PERSONA QUE TOMÓ EL SEGURO, en este caso el Consorcio Hospital Meissen Ciudad Bolívar, sino que a su vez, puede llamar en garantía el Hospital Meissen II Nivel E.S.E., toda vez que lo involucra materialmente, como en efecto sucedió pero no bajo la figura de demanda de reconvencción, ni de litisconsorte necesario. Es menester anotar que el vínculo jurídico existente entre el tercero y las partes quedó probado con la póliza de cumplimiento entidad estatal No. 072100204 que garantiza el contrato de obra No. 0175 de 2006²¹. ”-vsft

§65. Como en el seguro de cumplimiento el tomador puede llamar en garantía a la aseguradora, no sale avante este razonamiento del apelante.

2.5. En la póliza de cumplimiento no se aplica la exclusión de dolo o culpa prevista en el artículo 1055 del C de Co

SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN C- Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS-Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 54001233300020170075001(62934)_ “Conforme a lo expuesto, existe la posibilidad de que tanto el demandante como el demandado llamen a las aseguradoras bajo la figura del llamamiento en garantía, en virtud de que no solo es aplicable a la persona que tomó el seguro, en este caso Prago Ingeniería S.A.S., sino que a su vez, puede llamar en garantía Ecopetrol S.A., toda vez que lo involucra materialmente, como en efecto sucedió al ser el beneficiario del seguro.”

²⁰ LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Décima Edición, Bogotá, Editores Dupré, 2009, pág. 349-350

²¹ Fis. 228-268, CP

§66. Otro de los argumentos de la apelación de la aseguradora, es que no son asegurables los actos dolosos o culposos del tomador, en virtud del artículo 1055 del Código de Comercio²².

§67. Tal como se vio sobre las características propias del seguro de cumplimiento, como por la lista taxativa de exclusiones prevista en el Decreto 4828 de 2008 y la sentencia del Consejo de Estado²³ del 13 de agosto de 2020: *“Se reitera la jurisprudencia ya expuesta en esta providencia, para este caso, dado que no hay lugar a aplicar una supuesta exclusión o pérdida del derecho a la cobertura de la garantía por virtud del artículo 1055 del Código de Comercio, (...) puesto que la exigibilidad de la garantía procede por la materialización del riesgo de incumplimiento provocado por el propio contratista, (...) no se aplica a la póliza de cumplimiento, dado que en ella, precisamente, se asegura el evento de la conducta incumplida, sin distinguir si procede de su conducta dolosa o culposa.”*-sft-

§68. Incluso, en las condiciones de la póliza de cumplimiento objeto de este proceso no se previó la exclusión de los actos dolosos o culposos del tomador, por lo que el argumento de la apelación se torna como contraevidente y contrario a las condiciones de la póliza expedida.

§69. De tal forma, no prospera este cargo de la apelación.

2.6. La sentencia no afecta el derecho de subrogación de la aseguradora

§70. Otro de los argumentos de la apelación de Seguros del Estado, fue que la sentencia afectaría su facultad de subrogarse frente a los contratistas, a quienes de les condenó al pago de la suma debida.

§71. En torno a esta temática, el artículo 1096 del Código de Comercio establece: *“Subrogación Del Asegurador Que Paga La Indemnización. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”*. sft.

²² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr034.html
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr033.html#:~:text=ART%C3%8DCULO%201088.,para%20%C3%A9%20fuente%20de%20enriquecimiento.

²³ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico Bogotá D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 52001-23-31-000-2012-00182-01(60348)

§72. El Consejo de Estado²⁴ dejó claro que: *“En efecto, el artículo 1096 del Código de Comercio regula la figura de la subrogación en los eventos en que la aseguradora haya pagado al beneficiario por razón de la conducta del responsable del siniestro. Esta norma permite al asegurador cobrar lo pagado al responsable del siniestro, pero también faculta al asegurado a proponer excepciones en contra de la aseguradora cuando la compañía ejerza la acción de subrogación. (...)*

§73. Por lo que la sentencia de primera instancia no afecta el derecho de subrogación legal que tiene la aseguradora frente a los contratistas.

2.7. Síntesis

§74. Como colofón, se encontró que no prosperan los argumentos de la apelación de Seguros del Estado, porque: **(i)** era procedente el llamamiento en garantía de los tomadores-garantizados con la póliza de cumplimiento frente a la aseguradora; **(ii)** en los seguros de cumplimiento que amparan contratos administrativos no se puede aplicar la exclusión de dolo o culpa del tomador; y, **(iii)** la sentencia no afectó la facultad de subrogación legal que tiene la aseguradora.

§75. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

2.8. Condena en costas en esta instancia

§76. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§77. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§78. Pese a que en esta instancia no se generaron gastos del proceso, la parte demandante sí actuó en alegatos de apelación, por lo que se reconocerá a su favor agencias en derecho, que se tasan en un salario mínimo legal mensual vigente a la ejecutoria de esta sentencia, conforme a lo estipulado en el artículo 5.1 del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00166-01(52705)

§79. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo De Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 27 de febrero del 2018 por la Señoría del Juzgado Quinto Administrativo Circuito de Manizales por los motivos antes expuestos en precedencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas, a Seguros del Estado S.A. y a favor el Instituto de Cultura y Turismo, al pago de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a título de agencias en derecho.

TERCERO: Notifíquese la presente providencia conforme al artículo 203 del CPACA

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta _____.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001 23 33 000 2017 00161 00
Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante	Enrique Arbeláez Mutis
Demandado	Municipio de Anserma, Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -, Centro Vacacional las Margaritas.

I. Consideraciones

El pasado 8 de junio de 2023 se requirió a Corpocaldas y al municipio de Anserma para que, dieran respuesta concreta a unos puntos solicitados por el despacho, en virtud de la solicitud de convocatoria de comité de verificación por la parte demandante, aduciendo de manera general que, “*se tiene conocimiento del incumplimiento de algunos demandados*”

El 30 de agosto de 2019 el Tribunal Administrativo de Caldas profirió sentencia dentro del asunto de la referencia, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada.

“Primero: Declarar infundadas las excepciones propuestas por la parte accionada y las vinculadas, por lo considerado.

Segundo: Amparar los derechos e intereses colectivos relacionados con “El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la constitución y en la ley, y las disposiciones reglamentarias; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenadas, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes”, invocados por la parte accionante.

Tercero: Se ordena a la Corporación Autónoma Regional de Caldas que realice los estudios geotécnicos e hidráulicos que determinen las obras necesarias para regular el cauce de la Quebrada Cambía, a fin de desacelerar la socavación y sedimentación de las orillas en el sector objeto de esta problemática. Tanto los estudios como las obras, deberán llevarse a cabo en un plazo máximo de 6 meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

Cuarto: Se ordena que, por parte de la Corporación Autónoma Regional de Caldas, Corpocaldas, se estructure y plantee con el mayor nivel de detalle la alternativa de solución consiste en “bajarle el nivel al rebose del lago” ubicado en el Centro Recreacional Las Margaritas, a fin de que los propietarios del predio donde este se encuentra - vinculados a este proceso ejecuten por cuenta propia y a sus expensas la obra propuesta, con la asesoría y supervisión de la Corporación. Para todo lo anterior, se le concede un plazo de 2 meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

Quinto: La Corporación Autónoma de Caldas, CORPOCALDAS, deberá

determinar el plazo (el cual, en todo caso no será superior a seis meses), dentro del cual es razonable que las obras y medidas técnicas establecidas en los ordinales tercero y cuarto surtan los efectos positivos esperados; de lo contrario, esto es, si vencido dicho plazo se corrobora que la socavación de la zona protectora continua o avanza, Corpocaldas habrá de conceptuar, desde el punto de vista técnico, dentro del término de los dos meses siguientes, cual es la opción que resulte más indicada para poner fin al fenómeno dañino en el perímetro del lago, la cual, cuando quiera que comprometa el predio de la propiedad particular, habrá de ser realizada por los propietarios y a sus expensas, incluyendo los diseños y obras a ejecutar.

Sexto: Se ordena a los propietarios del lago- vinculados a este proceso- y a la Corporación Autónoma de Caldas, Corpocaldas, que de manera conjunta y cubriendo los costos por partes iguales, reforesten la zona de retiro o faja forestal que queda entre el lago y quebrada Cambía, con las especies arbóreas que, en criterio de la Corporación resulten más efectivas en el propósito de estabilizar el terreno y contribuir a la regulación del cauce. Esta obra deberá ejecutarse dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo concedido anteriormente para la disminución del nivel del rebose del lago.

Séptimo: El municipio de Anserma, Caldas, pondrá en marcha un plan de alerta temprana que permita detectar el momento en el cual resultare inviable el paso o transporte de personas y vehículos por la vía de acceso al Centro Vacacional Las Margaritas y al Condominio Campestre Las Margaritas, para el cual se le concede el termino de 1 mes, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

En todo caso, si a pesar de las obras ordenadas a Corpocaldas, el riesgo alto subsiste, el municipio de Anserma Caldas, debe adoptar oportunamente las decisiones que resulten necesarias para conjurar el riesgo, con acompañamiento y la asesoría de la corporación. Los propietarios deben acatar las recomendaciones que dichas autoridades les realicen.

Octavo: El municipio de Anserma, Caldas deberá delimitar la parte del Centro Vacacional Las Margaritas y Condominio Campestre Las Margaritas que hace parte de la llanura de la inundación de la quebrada Cambía, y adoptar, en consecuencia, todas las medidas administrativas que resulten de rigor, propias de la gestión del riesgo y uso adecuado del suelo, en orden a conjurar cualquier riesgo sobre la vida y bienes de las personas que se encuentran de manera permanente o transitoria en este lugar. Para esa gestión, se le concede al municipio un término de 3 meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

Noveno: Sin costas, por lo brevemente considerado.

Décimo: Nombrase un comité de verificación de cumplimiento de la sentencia que estará integrado, además de esta corporación judicial en cabeza del Magistrado ponente de esta providencia, por el accionante, un delegado del municipio de Anserma, Caldas y un delegado de la Corporación Autónoma Regional de Caldas quien lo presidirá, convocara e informara a esta corporación.

Décimo primero: Publíquese la parte resolutive de esta providencia en la emisora de la Policía Nacional. Una vez realizada la publicación mencionada, las partes deberán allegar constancia de su realización.

Décimo segundo: Esta sentencia es susceptible del recurso de apelación, en los términos del artículo 37 de la ley 472 de 1998. Si no es apelada, archívense las presentes diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa informático "Justicia Siglo XXI"

Corpocaldas dio respuesta a los requerimientos realizados e indica que ejecutó con personal de la Subdirección de Infraestructura Ambiental, un estudio sobre el sector de la quebrada Cambia – centro vacacional Las Margaritas; el cual abarcó tanto la zona donde se presenta la socavación que dio origen a la actuación judicial, e igualmente, la zona del estanque.

Refiere que el estudio desarrolló cálculos hidrológicos-hidráulicos y geotécnicos, que permitieron generar las recomendaciones consideradas pertinentes por los profesionales especialistas en dichas áreas, con el fin de reducir o mitigar la amenaza sobre el predio; y entregar las recomendaciones arrojadas.

Sostiene que, el estudio ya está ejecutado por el personal técnico de la Corporación y socializado y entregado a los habitantes del Condominio. Corpocaldas está presta en cumplimiento de su labor asesora a acompañar el proceso de ejecución de las acciones en el momento en que desde el Condominio lo consideren pertinente, y que, deberá ser la copropiedad quien contrate el personal técnico idóneo para llevar a cabo las intervenciones indicadas.

Con relación al tema de la socavación de la zona protectora, refiere que en visitas recientes y periódicas que se han hecho al sitio por parte de Personal Técnico de Corpocaldas, no se evidencia que el proceso de erosión lateral (socavación) esté retrocediendo y abarcando un área mayor del área definida para la intervención; e indica que, en el marco del Convenio 195-2021 celebrado entre Corpocaldas y el municipio de Anserma, el municipio contrajo la obligación de llevar a cabo las contrataciones necesarias para el cumplimiento del objeto contractual; en dicho sentido, después del proceso de selección adelantado por la Administración Municipal, quien suscribió el Contrato de Obra 001-2021 con el Ingeniero Oxfaro Bustamante Villa que tuvo por objeto: *“Ejecución de obras para la mitigación del riesgo en el sector las margaritas en el área rural, en el marco del convenio 195-2021 firmado entre la corporación autónoma regional Corpocaldas y el municipio de Anserma caldas, de acuerdo al subprograma 2.4.1 del plan de desarrollo municipal”*.

Afirma que, desde la celebración del convenio, la Corporación entregó a la Administración Municipal, los insumos técnicos necesarios, no solo para llevar a cabo las contrataciones, sino que definió claramente las actividades a ejecutar en cada frente de trabajo; y que, el estudio hidrológico-hidráulico-geotécnico elaborado por el personal técnico de la Corporación, aún se encuentra vigente en cuanto a las recomendaciones dadas para la intervención en el sector.

Ello sumado a que, la Corporación ha realizado el acompañamiento requerido por el Contratista y el municipio para avanzar y sacar adelante la ejecución del Contrato; no obstante algunas situaciones presentadas con el contratista, que no permitió el avance esperado.

Sostiene la Corporación que, la Subdirección de Biodiversidad y Ecosistemas no ha recibido solicitud por parte de los propietarios de los predios, para brindar asesoría o realizar el acompañamiento en la siembra de especies forestales y reforestación del área de retiro de la quebrada y el lago, sin embargo, Corpocaldas expresa que, está atenta a brindar dicho acompañamiento atender cualquier solicitud que presenten dichos propietarios en relación a este tema.

Y, Con relación a la orden de impartida a Corpocaldas en conjunto con los propietarios del Lago, relacionada con la reforestación de la zona de retiro; del informe allegado por parte del municipio de Anserma, da cuenta que el señor Jorge Hernando Duque Aguirre, Jefe de la Oficina de Planeación Agropecuaria expuso que los propietarios no han realizado las obras tendientes a la reforestación de la cuenca, señalando igualmente que, la rehabilitación de la zona se ha dado por inercia de la misma naturaleza.

Finalmente, se allegaron los informes de interventoría del convenio interadministrativo de obras públicas de mitigación de riesgo No. 195-2021, y del contrato de obra No. 001- 2022, y de sus adiciones; así como los informes de Supervisión y Pago del Convenio 195-2021 y los informes de actividades elaborados por el municipio para el soporte de dichos pagos; así como aportó el correspondiente estudio técnico - Quebrada Cambía.

El municipio de Anserma dio respuesta a los requerimientos, y expuso que el 15 de junio de 2022 el municipio de Anserma Caldas suscribió con el ingeniero civil Oxfaro Alberto Bustamante Villa, contrato de obra 001 del 2022, que tenía por objeto *“Ejecución de obras de mitigación en el sector las margaritas en el área rural, en el marco del convenio 195- 2021 firmado entre la corporación autónoma regional Corpocaldas y el municipio de Anserma Caldas, de acuerdo con el subprograma 2.4.1 del plan de desarrollo municipal”* de acuerdo a las especificaciones técnicas y costos aportados por la secretaría de Planeación, Obras Públicas e Infraestructura del municipio de Anserma Caldas, dentro del estudio previo y todos los documentos que constituyeron el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el contratista.

Informa el municipio que, en la ejecución del contrato se han presentado varias dificultades con el contratista, dejando presente que el plazo del mismo, era hasta el 18 de octubre de 2022; y que el 07 de Julio de 2022, se realizó visita al sector las margaritas con el fin de socializar la obra con los propietarios implicados en la acción popular y determinar temas técnicos como de ubicación y tipo de obra a intervenir; que el 19 de agosto de 2022 se realizó comité de obra en compañía de la corporación autónoma regional – CORPOCALDAS- , por solicitud de ajuste de precios respecto del ítem del presupuesto *“muro de gavión con recubrimiento en pvc”*, y que posterior a ello se presentaron varias situaciones y retrasos en la obra que llevaron al municipio a proferir el 23 de febrero de 2023, la resolución 071 *“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de obra no. 001-2022, celebrado entre el municipio de Anserma caldas y Oxfaro Alberto Bustamante Villa, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria”*, posterior a la cual, el municipio de Anserma Caldas dio inicio nuevamente al proceso contractual para la *“Construcción de obras de mitigación en el sector de “las Margaritas” de la vereda Cambia en el cumplimiento del convenio interadministrativo 209-2018 entre CORPOCALDAS y el municipio de Anserma-Caldas”*, estando en el

momento en la etapa de publicación del informe final evaluación de la oferta.

Por otra parte, informa el municipio que:

“Para dar respuesta a la segunda parte de su requerimiento en lo concerniente a determinar si los propietarios han acatado las recomendaciones de las autoridades, al sitio también fue el funcionario Jorge Hernando Duque Aguirre, Jefe De La Oficina De Planeación Agropecuaria el cual levantó un informe donde se evidencia que los propietarios no han realizado las obras tendientes a la reforestación de la cuenca, dejando claro que la rehabilitación existente ha sido por inercia de la misma naturaleza.

Señor juez con lo mencionado se logra vislumbrar las circunstancias que describen los inconvenientes objetivos en el cumplimiento de la orden judicial, no existiendo dolo o mora irracional en el cumplimiento de la sentencia por parte de este funcionario, ni de su equipo de trabajo, siendo necesario advertir que el ente territorial no ha escatimado esfuerzos en procura del cuidado de los derechos protegidos en sentencia popular.”

Finalmente, aporta el municipio el Concepto Técnico orientado a la Gestión del Riesgo de desastres suscrito por el ingeniero Santiago Cano Bedoya y el informe de visita realizado por el Jefe de la oficina de Planeación Agropecuaria Jorge Hernando Duque Aguirre; del cual concluye que:

“El Plan Municipal de Gestión del Riesgo de Desastres (PMGRD), deberá incluir este sector como priorizable en sus escenarios de riesgo. Del mismo modo se debe contar con una Estrategia Municipal de Respuesta a la Emergencia (EMRE) actualizada donde se dé cuenta de los protocolos de acción antes, durante y después de las emergencias.

Es importante que el PBOT, en su componente de gestión del riesgo de desastres, incorpore todos estos sitios que se han tornado inestables en los últimos meses y los priorice para la elaboración de estudios detallados durante su implementación.

Este concepto se ciñe estrictamente a las características morfológicas del sitio en el momento del estudio, cualquier variación de las mismas o procesos denudativos nuevos o reactivados se deberán informar, para así poder dar las recomendaciones necesarias.

Por lo expuesto, para este Despacho se hace innecesario hacer una audiencia presencial de verificación, por cuanto las respuestas, informes y documentos aportados evidencian que las demandadas han realizado las actuaciones administrativas necesarias, encaminadas al cumplimiento del fallo proferido dentro del asunto de la referencia; y las mismas, resultan ser suficientes para concluir de ellas el cumplimiento del mismo. Por lo que, tampoco encuentra mérito este Despacho para iniciar un incidente de desacato en contra de las accionadas.

Así pues, no se advierte un incumplimiento del fallo por parte de las demandadas y, si bien es cierto que, el contrato para la ejecución de obras de mitigación en el sector las margaritas en el área rural no se pudo ejecutar en su totalidad, la misma no resulta imputable a la desatención del municipio de Anserma, sino debido al incumplimiento del contratista, situación ante la cual el municipio ha realizado las actuaciones pertinentes, como la declaratoria de incumplimiento, y adelantar un nuevo proceso contractual para tales fines, el cual se encuentra en etapa de evaluación.

Por lo expuesto, no se advierte en el momento la necesidad de convocar un comité de verificación, ni hay méritos hasta el momento para abrir un incidente de desacato contra la Corporación Autónoma Regional de Caldas ni contra el municipio de Anserma.

Por lo expuesto, se

II. Resuelve:

Primero: No convocar al comité de verificación de pacto, por lo considerado.

Segundo: Abstenerse de abrir incidente de desacato en contra de la **Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS-** y el municipio de Anserma.

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: **fe004b05d89089d9b9d0a9672a0735cd0581161bc196c1b4e75e8923c7db6879**

Documento generado en 24/10/2023 03:41:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001 23 33 000 2018 00026 00
Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante	Procuradores Judiciales 70, 180 y 181 Judiciales I en asuntos administrativos.
Demandado	Ministerio de Educación Nacional – Departamento de Caldas – municipio de Manizales – Fiduciaria La Previsora.

I. Consideraciones

Dentro del asunto de la referencia, los demandantes solicitaron adelantar verificación de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, fundado en que el 1º de febrero de 2022, mediante Auto No 15, se concedió en el efecto devolutivo el trámite del Recurso de Apelación interpuesto por la Fiduprevisora S.A y el Ministerio de Educación Nacional contra la decisión con la que culminó la respectiva instancia, por lo que, de acuerdo con el numeral segundo del artículo 323 del Código General del Proceso no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.

El 10 de diciembre de 2021 se profirió sentencia de primera instancia dentro del medio de control indicado, resolviéndose lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar que la Nación-Ministerio de Educación y la Fiduprevisora S.A. vulneran el derecho colectivo al patrimonio público.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a la Nación Ministerio de Educación que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia adopte el procedimiento que desarrolle el inciso primero del artículo 57 de la ley 1955 y que contenga los ajustes y correctivos de las fallas evidenciadas en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Así mismo, dentro del término mencionado, el Ministerio de Educación velará para que se apropien los recursos suficientes para la dotación de los recursos humanos y tecnológicos a las Secretarías de Educación del Departamento de Caldas y del Municipio de Manizales, que requieran para asumir las competencias a que se refiere el inciso primero del artículo 57 de la ley 1955 de 2019. También deberá iniciar dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia las acciones legales que sean procedentes en contra de los funcionarios responsables, para propender por la recuperación de los dineros que han debido cancelarse por motivo del pago de las sanciones por mora.

ORDENAR a la Fiduprevisora como administradora del FOMAG que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia remita a las Secretarías de Educación del Departamento de Caldas y del Municipio de

Manizales la totalidad de la información de los pagos de cesantías realizados a los docentes adscritos a dichas dependencias y regulados por la ley 91 de 1989, información que deberá ser entregada de forma digital y debidamente organizada.

TERCERO: CONFORMAR un comité para la verificación del cumplimiento de esta providencia, el cual estará integrado por la Magistrada sustanciadora del proceso quien lo presidirá, por un delegado de los Procuradores Judiciales I de Manizales, un delegado del Ministerio de Educación, un delegado del Fomag, y los Secretarios de Educación del Municipio de Manizales y del Departamento de Caldas; de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes se reunirán por convocatoria de quien lo preside a petición de cualquiera de sus integrantes, harán seguimiento a lo ordenado e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten.

QUINTO: SE ORDENA la publicación de la parte resolutive de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional a cargo de la Nación-Ministerio de Educación.

Hecho lo anterior deberá enviar constancia de la publicación con destino al expediente.

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

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia ARCHÍVENSE las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI”

Mediante providencia de 14 de octubre de 2022, el Despacho se pronunció frente a la solicitud de conformación del comité de verificación en este asunto, considerando que, no era menester en ese instante convocar la reunión de dicho comité, teniendo en cuenta que, ya está conformado el mismo en los términos del ordinal tercero de la sentencia impugnada, y que, previa a esa reunión, si a ello hubiere lugar, debía requerirse a las accionadas informar sobre los trámites adelantados para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia.

En respuesta al requerimiento en mención, la Fiduprevisora y el Ministerio de Educación se pronunciaron como consta en los documentos 038 y 039 del expediente digital, corriendo traslado de los mismos, sin tener pronunciamientos adicionales.

En el informe de cumplimiento de la Fiduprevisora afirma que, el fin del medio de control de la referencia, era la atención de las sanciones por mora derivadas de las solicitudes de cesantías definitivas y parciales, que para la fecha de la radicación de la acción no contaban con un procedimiento establecido; y expone que, el 1 de junio de 2022 se expidió el Decreto 942 de 2022 “*Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones*”; y que, actualmente se realiza el estudio del trámite de Cesantías a través del aplicativo Humano, que muestra en el memorial.

Afirma que hay carencia actual por hecho superado, por cuanto dicha entidad no

tiene ninguna conducta concreta, activa u omisiva que pueda afectar los derechos fundamentales incoados por la accionante, en relación con Fiduprevisora S.A., entidad que para los efectos actúa en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)

Allega oficio 2022172548051 enviado por el Fomag a la Secretaría de educación de Departamental en el que dice: y allega un total de 1979 páginas con la información requerida.

“(...) De conformidad con el requerimiento de cumplimiento de la acción popular Procuraduría General de la Nación 2018-000026 en donde se ordena a Fiduprevisora como administrador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que le sea enviada a la secretaria de educación del municipio de Manizales la totalidad de la información de los pagos de las cesantías realizados a los docentes adscritos a la misma, les informamos que en el archivo adjunto a esta comunicación se encuentra la relación de las Cesantías pagadas.(...)”

Por su parte, el Ministerio de Educación Nacional allega memorial dando respuesta al cumplimiento informando las acciones realizadas como la adopción del procedimiento que desarrolla el artículo 57 de la ley 1955 de 2019, fundado en que, conocido el alcance y contenido del Decreto 492 del 1 de junio de 2022, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional expidió el procedimiento para mejora el trámite de reconocimiento y pago de cesantías parciales y definitivas de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

Así mismo, se informa al Despacho que el Ministerio de Educación Nacional, mediante la circular No. 023 de fecha 20 de octubre de 2022, dirigida a las Secretarías de Educación de las Entidades Territoriales certificadas en Educación, emitió lineamientos generales para prevenir la causación de la sanción mora por incumplimiento de los términos de ley para el reconocimiento y liquidación de las cesantías a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, acto que, a su juicio, da cuenta del compromiso de la Nación – Ministerio de Educación Nacional de cumplir con los términos definidos para tal fin, puntalmente los definidos en la sentencia SU-00580 de 2018 del Consejo de Estado.

Hace alusión a que para la apropiación de recursos tecnológicos de las secretarías de educación para el trámite de reconocimiento de cesantías, se requiere contactar a un profesional de la subdirección de monitoreo y control del Ministerio de Educación Nacional, que es quien conoce el apoyo administrativo y financiero que ha contribuido el MEN en lo relacionado con el sistema humano en línea; el cual ha permitido la optimización del trámite de reconocimiento de las secretarías de educación.

Informa sobre las demandas de acciones de repetición en contra de los funcionarios responsables por el pago de la sanción moratoria y dentro del trámite de reconocimiento y pago de cesantías; y acredita la publicación de la parte resolutive

de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021.

De conformidad con lo expuesto por las demandadas, y con el sustento normativo que se incluye en sus respuestas para considerar que, mediante el Decreto 942 de 1 de junio de 2022 reglamentó el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, el inciso primero del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 indica 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, para considerar por parte de este Despacho que, en el momento se advierte el cumplimiento de la sentencia proferida en el asunto de la referencia por parte del Ministerio de Educación Nacional, dejando presente que, a dicho Ministerio no le compete el cumplimiento de las obligaciones que son propias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG-, el cual fue creado por la Ley 91 de 1989, como *una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*

Sumado a ello, mediante la circular número 023 de 20 de octubre de 2022, el Ministerio de Educación Nacional fijó los *lineamientos generales para prevenir la causación de la sanción por mora por incumplimiento de los términos de ley para el reconocimiento y liquidación de las cesantías de los docentes.*

Aporta el Ministerio el listado con las demandas interpuestas en virtud de lo ordenado en el inciso segundo del ordinal segundo de la sentencia proferida; y el FOMAG acreditó el envío a la Secretaría de Educación del departamento de Caldas la base de datos con la relación de cesantías pagadas a los docentes adscritos a la Secretaría de Educación de Caldas dando cumplimiento así a lo ordenado en el inciso tercero del ordinal segundo de la sentencia proferida en este asunto.

Por lo expuesto, este Despacho se ratifica en que, se hace innecesario convocar al comité de verificación, por cuanto las respuestas y documentos aportados resultan ser suficientes para evidenciar el cumplimiento del fallo proferido; y tampoco encuentra mérito este Despacho para iniciar un incidente de desacato en contra de las accionadas, porque se itera, han demostrado la ejecución de las acciones ordenadas en el marco de sus competencias.

Por lo expuesto, se

II. Resuelve:

Primero: No Convocar al comité de verificación, por lo considerado.

Segundo: Abstenerse de abrir incidente de desacato en contra de las demandadas.

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: **ce82cd519c094befd332f9a029fed557ac2f6fb6a6ce99deb67322797ba98acf**

Documento generado en 24/10/2023 03:42:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Guillermo Cruz González
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-33-003-2022-00018-02
Acto judicial: Sentencia 152

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La primera instancia negó las pretensiones porque los docentes afiliados al FOMAG tienen un régimen propio. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2023 proferida por la Señoría del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Guillermo Cruz González**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio -Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 01DemandaAnexos.pdf

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto **NOM-532 del 22 de septiembre de 2021** por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§6. A título de restablecimiento del derecho, se pidió: **(i)** condene a la demandada al pago de la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; **(ii)** al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de cada año.

§08. El 01 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos 13 y 53, de la Constitución Política, 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 Nacional 1176 de 1991; 1° y 2° del Decreto 1582 de 1998. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG2

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. **Inepta Demanda:** La parte demandante en su escrito genitor, no determinó con claridad los actos administrativos demandados, ni indicó con exactitud ante quien radicó la petición que fundamenta el silencio administrativo invocado, omisión que impide ejercer el derecho de defensa a cabalidad, puesto que se desconoce si la petición fue radiada ante el ente territorial, ante el Ministerio de Educación o ante el Fomag.

§10.2. **Falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del fomag.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige

por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§10.3. **Inexistencia de la obligación por parte del fomag:** Conforme la sentencia SU-098 de 2018, en el presente asunto no se configura la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, como tampoco se podrá configurar esta sanción para los docentes que se encuentren bajo los mismos supuestos de hecho aquí expresados, toda vez que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibles la administración a través de cuentas individuales.

§10.4. **Prescripción:** El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deber· presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.

§10.5. **Caducidad:** Conforme al numeral 3 del artículo 136 del C.P.A.C.A, no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, en el caso sub – examine es incierta la afirmación y pretensión del accionante y su apoderado, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebrantaría el andar jurídico de ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de términos de acuerdo al artículo 136 No. 29 de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendida en la presente.

§10.6. **Procedencia de la condena en costas en contra del demandante:** a condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, pero ello no es Óbice para que se exija prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, como lo expresó la Sección en la sentencia que se reitera.

§10.7. **Genérica.**

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de

³07ContestaciónDepartamentodeCaldas. pdf

1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

1.4. La sentencia que negó las pretensiones⁴

§12. El Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“...” PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de “caducidad” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-, conforme a lo dicho en la considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la excepción de “inexistencia de la obligación” propuesta por las demandadas, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró el señor GUILLERMO CRUZ GONZÁLEZ 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. “...”

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

i. *¿Se configura la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos planteados por el Ministerio de Educación – Fomag?*

ii. *En caso de respuesta negativa al interrogante anterior, ¿La sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de La Ley 50 de 1990, es aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes contenido en la Ley 91 de 1989?*

iii. *De resultar aplicable la referida norma, ¿hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondientes al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero del año 2021?*

iv. *¿Resulta procedente ordenar el pago de la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías conforme a lo dispuesto en el Decreto 1176 de 1991, en concordancia con la Ley 52 de 1975?*

§14. El juzgado realizó un análisis sobre (i) la cosa juzgada constitucional, respecto de la sentencia C- 928 de 2006 y el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

⁴22Sentencia.pdf

§15. El Juzgado argumentó que la jurisprudencia allegada por la parte actora, para ser tomada en cuenta en el presente análisis, no tiene aplicación general. En el presente caso no procede la aplicación del principio de favorabilidad, por dos razones. En primer lugar, porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferirse aquella más favorable, si se tiene en cuenta que, la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es a todas luces incompatible con el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes. Incluso, la propia Ley 344 de 1996 señaló que la extensión de las disposiciones de la Ley 50 de 1990, se entendía sin perjuicio de lo establecido en la Ley 91 de 1989. En segundo lugar, porque se vulneraría el principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

§16. La indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, no procede la aplicación dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma.

§17. Por lo tanto consideró, que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda con fundamento en la sentencia SU-098 de 2018, por no existir identidad fáctica con el presente caso.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad⁵

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: **(i)** los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. **(ii)** El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia⁶

§19. Mediante proveído del 08 de agosto de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

⁵ 22Apelación.pdf

⁶ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ 07ConstanciaDespacho.pdf

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Cuál es la entidad que debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual

establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.1. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de

la sanción moratoria prevista en el ordinal 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

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

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

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

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

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

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/.

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

§35. Se tiene que la parte demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§36. De esta manera, no prosperan los cargos de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§37. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad

de las partes.

§38. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§39. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§40. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§41. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales del 23 de junio de 2023, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Guillermo Cruz González**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Paola Andrea Duque Villada
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-39-006-2022-00029-02
Acto judicial: Sentencia 146

Manizales, veintitrés(23) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 07 de diciembre de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Paola Andrea Duque Villada**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio- Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 01DemandaAnexos.pdf

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto **NOM-330 DEL 12 de octubre de 2021** por medio del cual se negó el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, (i) se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.(ii) al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 01 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG

§10. Permaneció silente

1.3. Contestación del Departamento de Caldas²

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de

²016ContestaciónDptoCaldas.pdf

cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones³

§12. El Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“ ... ”

PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora PAOLA ANDREA DUQUE VILLADA en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS.. “...”

(...)

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente: En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿TIENE DERECHO LOS DEMANDANTES A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA SANCIÓN MORATORIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990, ESTO ES, UN DÍA DE SALARIO BÁSICO POR CADA DÍA DE RETARDO POR LA NO CONSIGNACIÓN OPORTUNA DE LAS CESANTÍAS DEL AÑO 2020, CONTADOS DESDE EL 15 DE FEBRERO DE 2021, POR PARTE DE LA NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG) Y DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS?

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS, ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 52 DE 1975, LA LEY 50 DE 1990 Y EL DECRETO 1176 DE 1991 EQUIVALENTE AL VALOR CANCELADO DE LOS INTERESES CAUSADOS DURANTE EL AÑO 2020?

EN CASO AFIRMATIVO

• ¿ES EL FOMAG O EL DEPARTAMENTO DE CALDAS O AMBAS LA RESPONSABLE DEL PAGO DE LA SANCION MORATORIA Y LA INDEMNIZACION POR EL PAGO TARDIO DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS?

³05Sentencia.pdf

• *¿RESULTA PROCEDENTE EL PAGO INDEXADO DE LA SUMAS RECLAMADAS POR CONCEPTO DE SANCIÓN POR MORA Y LOS INTERESES?*

• *¿RESULTA PROCEDENTE EL PAGO 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?*

§14. El juzgado realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y, en principio, no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§16. En cuanto a los intereses de las cesantías, ilustró que los artículos 3° y 4° del Acuerdo 39 de 1998 del Fomag determina un régimen propio de pago de cesantías, a cancelarse en marzo de cada año, por lo que no se aplican los dictados de la Ley 50 de 1990.

§17. . Por lo tanto, consideró, las normas cuya aplicación reclama la parte demandante, resultan incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes, aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses, están regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad ⁴

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia ⁵

⁴ 53Apelación.pdf

⁵ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

§19. Mediante proveído del 22 de febrero de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁶.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

⁶05ConstanciaDespacho.pdf

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁷.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo °038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§31. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

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

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

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

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

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

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

§35. **En este caso concreto**, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías

de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

§36. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§37. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§38. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§39. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§40. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§41. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§42. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§43. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 07 de diciembre de 2022, que negó las

pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Paola Andrea Duque Villada**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Elena García Sánchez
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicado: 17-001-33-39-009-2022-00058-02
Acto judicial: Sentencia 153

Manizales, veintitrés (23) octubre de dos mil veintitrés (2023).

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2023 proferida por la Señoría del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **María Elena García Sánchez** demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a la cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 01DemandaAnexos.pdf

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 06 de noviembre de 2021 por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, (i) se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.(ii) al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 06 de agosto de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. **Inepta demanda por falta de requisitos formales:** el Libelo introductorio no cumple con las exigencias de forma, es decir no reúne los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda previstos en los artículos 162, 163, 166 y 167 del C.P.A.C.A; la entidad demandada emitió respuesta de fondo a la reclamación administrativa del 06 de agosto de 2021, acto administrativo que no ha perdido su legalidad y que también debió ser demandado.

² 06Contestación Fomag

§10.2. **Caducidad:** Conforme al numeral 3 del artículo 136 del C.P.A.C.A, no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, en el caso sub – examine es incierta la afirmación y pretensión del accionante y su apoderado, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebrantaría el andar jurídico de ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de términos de acuerdo al artículo 136 No. 29 de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendida en la presente.

§10.3. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Quien le corresponde pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de correspondiente los años 1995 a 1996 su reconocimiento era al Ente Territorial, por ser la Entidad nominadora, o Empleadora del docente.

§10.4. **Falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad Territorial extemporaneamente(sic).** En atención al Acuerdo No. 39 de 1998, la legitimada para asumir eventuales pago de prestaciones sociales es el respectivo ENTE TERRITORIAL cuando el reporte de la liquidación del valor de las cesantías se realiza después de 05 de febrero de cada anualidad.

§10.5. **Inexistencia de la Obligación:** La ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes, por lo tanto la liquidación y pago de intereses a las cesantías están regulados por la ley 91 de 1989 desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998 aplicables a los afiliados al FOMAG. El demandado CIGUIFREDO MARTINEZ QUIROGA, se encuentra afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a partir del 08 DE MARZO DEL 2011, fue nombrado en propiedad con vinculación MUNICIPAL por parte de la Secretaría de Educación del MUNICIPIO DE MANIZALES.

§10.6. **Inexistencia del deber de la Nación – Min Educación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes:** El Régimen General, numeral 1º del Art, 1º de la Ley 52 de 1975, en concordancia con el numeral 2º Art. 99 Ley 50/90, señaló la forma de liquidación de los intereses sobre cesantías, los cuales son equivalentes al 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía. Por lo tanto los intereses a las cesantías docentes deben ser pagados al trabajador, en el mes de marzo del año siguiente a su causación. En razón a que nada se dijo sobre el día exacto de pago, se sobrentiende que debe concurrir, a más tardar, el último día del citado mes de marzo, junto al salario.

§10.7. **Imposibilidad Fáctica de equipar la actividad operativa “Liquidación de la Cesantías” realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990:** Se constituye en “*conditio sine qua non*” para la liquidación de la prestación, su previo descuento de los recursos que ingresarían al Ente territorial, y su pre- giro al Fondo. La liquidación de la prestación no es equivalente a su consignación, y, por ende, no es posible al interior del Sistema FOMAG, extender las consecuencias

indemnizatorias del Régimen General (Ley 50/90). Se desconoce la forma en que el operador judicial ha hallado respaldo probatorio, en los casos que ha condenado al pago de penalidad por consignación extemporánea, dentro de este régimen.

§10.8. Régimen especial docente. no resulta per se violatorio del derecho a la Igualdad: No existe la aludida penalidad, debido a que no existe la actividad operativa de “consignación de cesantías”, en razón al pre-giro por parte de Ministerio de Hacienda, motivo por el cual, la consignación extemporánea no se configura al interior del sistema

§10.9. Imposibilidad operativa de que se configure sanción- moratoria por consignación tardía: No existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

§10.10. Procedencia del Apartamiento Administrativo en Nuestro Ordenamiento Jurídico: En el FOMAG, no se efectúa consignación de cesantías con corte a 15 de febrero, no se configura consignación extemporánea de estas, y jamás se estructura la indemnización de la Ley 50/90. Toda la problemática se solventa, estudiante el cuerpo normativo que regula las fuentes de financiación de las prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, ya la Entidad que realiza dicha actividad.

§10.11. Técnica de distinción (DISTINGUISHING) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares: de Acuerdo a la Sentencia SU-573 de 2019, la misma Corte Constitucional en sede de Unificación Jurisprudencial, realizó una valoración entre el contenido de la citada SU-098 de 2018, y los presupuestos de hecho y derecho fundante de la SU-573 de 2019 al interior que Sistema Especial FOMAG, no se estructura la “*consignación extemporánea*”, y por ende, claudica la solicitud indemnizatoria Ley 50/90.

§10.12. No procedencia de la condena en costas: No procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos; en consecuencia, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

§10.13. Genérica.

1.3. Contestación del Municipio de Manizales³

§11. El municipio de Manizales se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

³011ContestaciónDptoCaldas.pdf

§11.1. **Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido:** conforme el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, y el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 art. 2°, 3°, 4° y 5°, la actividad que desarrollan las entidades territoriales en virtud de la descentralización y desconcentración de funciones se encuentra; las operaciones administrativas entre las solicitudes de los docentes y el FOMAG, pero el responsable directo de pronunciarse, aprobar, pagar y/o negar las prestaciones de los docentes, es el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

§11.2. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quién pagará un interés anual sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, al personal docente afiliados y que tenga derecho de acuerdo al régimen prestacional que les cobije. (...). En este orden de ideas, La entidad territorial remite a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio, las liquidaciones anuales de cesantías en firme del grupo de docentes activos y retirados de su planta global, pero quien paga estos valores liquidados es el FOMAG.

§11.3. **Cobro de lo no debido:** Conforme al Decreto 1272 de 2018 en cuyo artículo 2.4.4.2.3.2.28, expresamente dispone que “El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

§11.4. **Errónea interpretación de la ley 50 de 1990 para las pretensiones del accionante:** El régimen aplicable es el establecido en la ley 91 de 1989 y 1071 de 2006

§11.5. **Cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la secretaria de Educación - municipio de Manizales para el proceso demandado:** la entidad envió a la fiduprevisora por correo electrónico las liquidaciones necesarias en el proceso de cesantías de los docentes activos y retirados del año 2020, el envío de la información se realizó en los tiempos señalados en los comunicados del Fomag. N 008 del 11 de diciembre de 2020 y el comunicado 005 del 7 de diciembre de 2021, tal como se evidencia en el certificado de envío de SERVIENTREGA con número de guía 9128887309 con fecha de remisión: 04/02/2021 y pantallazo de correo electrónico con remisión de información al correo: interesescesantias@fiduprevisora.com.co.

§11.6. **Prescripción:** Correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por este fenómeno prescriptivo.

§11.7. **Genérica.**

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§12. El Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

⁴19Sentencia.pdf

“ ... ”

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de “caducidad” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag-, conforme a lo dicho en la considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones denominadas “inexistencia de la obligación” e “inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido” propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fomag y el municipio de Manizales, respectivamente.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la señora MARÍA ELENA GARCÍA SÁNCHEZ en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y el MUNICIPIO DE MANIZALES, 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. “ ... ”

(...)

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

- i. ¿Se configura la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos planteados por el Ministerio de Educación – Fomag?*
- ii. En caso de respuesta negativa al interrogante anterior, ¿La sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de La Ley 50 de 1990, es aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes contenido en la Ley 91 de 1989?*
- iii. De resultar aplicable la referida norma, ¿hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondientes al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero del año 2021?*
- iv. ¿Resulta procedente ordenar el pago de la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías conforme a lo dispuesto en el Decreto 1176 de 1991, en concordancia con la Ley 52 de 1975?*

§14. El juzgado realizó un análisis sobre (i) la cosa juzgada constitucional, respecto de la sentencia C- 928 de 2006 y el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que la jurisprudencia allegada por la parte actora, para ser tenida en cuenta en el presente análisis, no tiene aplicación general. En el presente caso no procede la aplicación del principio de favorabilidad, por dos razones. En primer lugar, porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferirse aquella más favorable, si se tiene en cuenta que, la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es a todas luces incompatible con el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes. Incluso, la propia Ley 344 de 1996 señaló que la extensión de las disposiciones de la Ley 50 de 1990, se entendía sin perjuicio de lo establecido en la Ley 91 de 1989. En segundo lugar, porque se vulneraría el principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

§16. La indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, no procede la aplicación dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma.

§17. Por lo tanto consideró, que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda con fundamento en la sentencia SU-098 de 2018, por no existir identidad fáctica con el presente caso.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad ⁵

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§19. Mediante proveído del 08 de agosto de dos mil veintitrés(2023) se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

⁵ 22Apelación.pdf

⁶ 03AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷05ConstanciaDespacho.pdf

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

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

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

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo

total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989 .

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

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

§35. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§36. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§37. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§38. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada

dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§39. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§40. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandante intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§41. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§42. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales del 30 de junio de 2023, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **María Elena García Sánchez**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Andrés Felipe Gutiérrez Ocampo
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG - Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-33-004-2022-00082-02
Acto judicial: Sentencia: 147

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Andrés Felipe Gutiérrez Ocampo**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio - Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto **NOM-182 DEL 08 de septiembre de 2021** por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, (i) se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.(ii) al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 01 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

¹ 01DemandaAnexos.pdf

² 011ContestacionFOMAG. pdf

§10.1. **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** El demandante persigue que el juez(a) de la presente causa declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por la presunta no contestación de una solicitud de reconocimiento indemnizatorio presentada el día 13 de julio de 2021 ante el Departamento del Chocó. la Entidad demandada mediante Oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.

§10.2. **Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva:** Quien le corresponde pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de correspondiente los años 1995 a 1996 su reconocimiento era al Ente Territorial, por ser la Entidad nominadora, o Empleadora del docente.

§10.3. **Inexistencia de la Obligación y cobro de lo no debido:** La ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes, por lo tanto la liquidación y pago de intereses a las cesantías están regulados por la ley 91 de 1989 desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998 aplicables a los afiliados al FOMAG.

§10.4. **Prescripción:** El empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción. Indica que para la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías anualizadas.

§10.5. **Caducidad:** Se debe contabilizar el término de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendido en la presente, a partir del acto expreso que negó el reconocimiento de la sanción, por lo que se solicita respetuosamente realizar el estudio correspondiente a efectos de que posiblemente se haya configurado la presente excepción.

§10.6. **Procedencia de la condena en costas en contra del demandante:** no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos, en consecuencia, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

§10.7. **Genérica**

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§12. El Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“ ... ”

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por las demandadas y prósperas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuestas por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG y COBRO DE LO NO DEBIDO, propuesta por esta última entidad.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, por ANDRES FELIPE GUTIERREZ en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo considerado en la parte motiva.. “...”

(...)

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente: En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho el demandante al pago de la sanción por mora por el retardo en la consignación de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990?

³008ContestaciónDptoCaldas.pdf

⁴019Sentencia.pdf

¿Y de haberse consignado tardíamente los intereses a las cesantías, es procedente el pago de la indemnización?

§14. Realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y en principio no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§16. En cuanto a los intereses de las cesantías, se ilustró que los artículos 3° y 4° del Acuerdo 39 de 1998 del Fomag determina un régimen propio de pago de cesantías, a cancelarse en marzo de cada año, por lo que no se aplican los dictados de la Ley 50 de 1990.

§17. Por lo tanto consideró, que en cumplimiento de este reconocimiento, al docente se le liquidó la suma de \$351.231,00, misma que fue cancelada el 27 de marzo de 2021, conforme los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998, del Consejo Directivo del FOMAG, en el artículo 4, por lo tanto 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.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad⁵

§18. §17. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

⁵ 36Apelacion.pdf

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§19. Mediante proveído del 17 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

⁶ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ 04ConstanciaDespacho.pdf

conformidad con las normas vigentes.

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

(iii) *Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.*

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo °038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§31. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

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

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

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

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

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

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

§35. **En este caso concreto**, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías

de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

§36. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§37. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§38. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§39. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§40. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§41. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§42. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§43. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales del 19 de diciembre de 2022, que negó las

pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Andrés Felipe Gutiérrez**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Diana Mejía Salazar
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicado: 17-001-33-39-006-2022-00087-02
Acto judicial: Sentencia 0148

Manizales, veintitrés(23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 2023 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Luz Diana Mejía Salazar**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a la cesantías¹

¹ 01DemandaAnexos.pdf

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto **NOM-286 DEL 08 de septiembre de 2021** por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, **(i)** se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.**(ii)** al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 01 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Fomag: Conforme el art. 57 de la Ley 1955 de 2019, la obligación operativa de liquidar las cesantías la tienen las entidades territoriales, *“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. (...)”*

² 010ContestacionFOMAG. pdf

§10.2. **Inexistencia de la Obligación por parte del Fomag:** la accionante está afiliado al FOMAG, el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 812 de 2003, resulta claro que NO LE SON APLICABLES las disposiciones contenidas en la ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§10.3. **Prescripción:** El empleado dispone de tres años, contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar ante la administración el reconocimiento de la penalidad, so pena de verse afectado por el medio extintivo de la prescripción.

§10.4. **Cobro de lo no debido:** La entidad no está llamada a responder a los pagos reclamados en la demanda.

§10.5. **Buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales:** La demandada ha actuado con amparo en lo dispuesto en la ley y en los criterios jurisprudenciales emanados por la H. Corte Constitucional sobre el tema. Las actuaciones desplegadas por el MEN – FOMAG están amparadas en la Ley y la Constitución.

§10.6. **Genérica**

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Como defensa señaló que el ente territorial solo hace el trámite de las prestaciones docentes que le corresponden al FOMAG. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

³08ContestaciónDptoCaldas.pdf

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

1.4. La sentencia que negó las pretensiones⁴

§12. El Juzgado dictó sentencia de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION” propuesta por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora LUZ DIANA MEJÍA SALAZAR en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS. TERCERO: RECONOCESE personería jurídica para actuar a la abogada CATALINA CELEMIN CARDOSO, identificada con C.C. No. 1.110.453.991 y T.P. No. 201.409 del C.S. de la J, y al abogado LUZ KARIME RICAURTE CHAKER, identificada con C.C. No1.066.747.181 T.P. No. 315.521 del C.S. de la J, para actuar en representación de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN (FOMAG), conforme con el poder y la sustitución al mismo obrante en el PDF 024 del Expediente Digital.. “...”

§13. La primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

§14. En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho el demandante al pago de la sanción por mora por el retardo en la consignación de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990?

¿Y de haberse consignado tardíamente los intereses a las cesantías, es procedente el pago de la indemnización?

§15. Realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§16. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y, en principio, no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§17. En cuanto a los intereses de las cesantías, se ilustró que los artículos 3º y 4º del Acuerdo 39 de 1998 del Fomag determina un régimen propio de pago de cesantías, a cancelarse en marzo de cada año, por lo que no se aplican los dictados de la Ley 50 de 1990.

⁴19Sentencia.pdf

§18. Por lo tanto, consideró, las normas cuya aplicación reclama la parte demandante, resultan incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes, aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses, están regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad ⁵

§19. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§20. Mediante proveído del 29 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§21. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§22. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

⁵ 21Apelación.pdf

⁶ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ 05ConstanciaDespacho.pdf

En caso afirmativo,

- *¿Cuál es la entidad que debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§23. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

§24. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

§25. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

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

§26. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§27. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§29. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§30. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§31. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero, 3 de marzo y 19 de mayo de 2022, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

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

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

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

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

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

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al

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

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

§36. Se tiene que la parte demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§37. De esta manera, no prosperan los cargos de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§38. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§39. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§40. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§41. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§42. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 22 de marzo de 2023, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Luz Diana Mejía Salazar**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMÉS
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Elizabeth Rendón Arroyave
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicado: 17001333900520220009202
Acto judicial: Sentencia 154

Manizales, veinticuatro(24) octubre de dos mil veintitrés (2023)

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 2023 proferida por la Señoría del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por Elizabeth Rendón Arroyave, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio.**

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a la cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 01DemandaAnexos.pdf

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del **Acto Administrativos NOM -222 del 08 de septiembre de 2021**, por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, (i) se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.(ii) al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 01 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. **Inepta demanda por falta de requisitos formales:** el Libelo introductorio no cumple con las exigencias de forma, es decir no reúne los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda previstos en los artículos 162, 163, 166 y 167 del C.P.A.C.A; la entidad demandada emitió respuesta de fondo a la reclamación administrativa del 06 de agosto de 2021, acto administrativo que no ha perdido su legalidad y que también debió ser demandado.

§10.2. **Caducidad:** Conforme al numeral 3 del artículo 136 del C.P.A.C.A, no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, en el caso sub – examine es incierta la afirmación y pretensión del accionante y su apoderado, pues

² 15ContestacionFOMAG. pdf

en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebrantaría el andar jurídico de ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de términos de acuerdo al artículo 136 No. 29 de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendida en la presente.

§10.3. Falta de legitimación en la causa por pasiva: Quien le corresponde pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de correspondiente los años 1995 a 1996 su reconocimiento era al Ente Territorial, por ser la Entidad nominadora, o Empleadora del docente.

§10.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad Territorial extemporaneamente(sic). En atención al Acuerdo No. 39 de 1998, la legitimada para asumir eventuales pago de prestaciones sociales es el respectivo ENTE TERRITORIAL cuando el reporte de la liquidación del valor de las cesantías se realiza después de 05 de febrero de cada anualidad.

§10.5. Inexistencia de la Obligación: La ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes, por lo tanto la liquidación y pago de intereses a las cesantías están regulados por la ley 91 de 1989 desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998 aplicables a los afiliados al FOMAG. El demandado CIGUIFREDO MARTINEZ QUIROGA, se encuentra afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a partir del 08 DE MARZO DEL 2011, fue nombrado en propiedad con vinculación MUNICIPAL por parte de la Secretaría de Educación del MUNICIPIO DE MANIZALES.

§10.6. Inexistencia del deber de la Nación – Min Educación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes: El Régimen General, numeral 1° del Art, 1° de la Ley 52 de 1975, en concordancia con el numeral 2° Art. 99 Ley 50/90, señaló la forma de liquidación de los intereses sobre cesantías, los cuales son equivalentes al 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía. Por lo tanto los intereses a las cesantías docentes deben ser pagados al trabajador, en el mes de marzo del año siguiente a su causación. En razón a que nada se dijo sobre el día exacto de pago, se sobrentiende que debe concurrir, a más tardar, el último día del citado mes de marzo, junto al salario.

§10.7. Imposibilidad Fáctica de equipar la actividad operativa “Liquidación de la Cesantías” realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990: Se constituye en “*conditio sine qua non*” para la liquidación de la prestación, su previo descuento de los recursos que ingresarían al Ente territorial, y su pre- giro al Fondo. La liquidación de la prestación no es equivalente a su consignación, y, por ende, no es posible al interior del Sistema FOMAG, extender las consecuencias indemnizatorias del Régimen General (Ley 50/90). Se desconoce la forma en que el operador judicial ha hallado respaldo probatorio, en los casos que ha condenado al pago de penalidad por consignación extemporánea, dentro de este régimen.

§10.8. **Régimen especial docente. no resulta per se violatorio del derecho a la Igualdad:** No existe la aludida penalidad, debido a que no existe la actividad operativa de “consignación de cesantías”, en razón al pre-giro por parte de Ministerio de Hacienda, motivo por el cual, la consignación extemporánea no se configura al interior del sistema

§10.9. **Imposibilidad operativa de que se configure sanción- moratoria por consignación tardía:** No existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

§10.10. **Procedencia del Apartamiento Administrativo en Nuestro Ordenamiento Jurídico:** En el FOMAG, no se efectúa consignación de cesantías con corte a 15 de febrero, no se configura consignación extemporánea de estas, y jamás se estructura la indemnización de la Ley 50/90. Toda la problemática se solventa, estudiante el cuerpo normativo que regula las fuentes de financiación de las prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, ya la Entidad que realiza dicha actividad.

§10.11. **Técnica de distinción (DISTINGUISHING) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares: de Acuerdo a la Sentencia SU-573 de 2019,** la misma Corte Constitucional en sede de Unificación Jurisprudencial, realizó una valoración entre el contenido de la citada SU-098 de 2018, y los presupuestos de hecho y derecho fundante de la SU-573 de 2019 al interior que Sistema Especial FOMAG, no se estructura la “*consignación extemporánea*”, y por ende, claudica la solicitud indemnizatoria Ley 50/90.

§10.12. **No procedencia de la condena en costas:** No procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos; en consecuencia, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

§10.13. **Genérica.**

1.3. Contestación del Municipio de Manizales³

§11. El municipio de Manizales se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

³07Contestaciónmunicipiode Manizalespdf

§11.1. **Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido:** conforme el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, y el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 art. 2°, 3°, 4° y 5°, la actividad que desarrollan las entidades territoriales en virtud de la descentralización y desconcentración de funciones se encuentra; las operaciones administrativas entre las solicitudes de los docentes y el FOMAG, pero el responsable directo de pronunciarse, aprobar, pagar y/o negar las prestaciones de los docentes, es el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

§11.2. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quién pagará un interés anual sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, al personal docente afiliados y que tenga derecho de acuerdo al régimen prestacional que les cobije. (...). En este orden de ideas, La entidad territorial remite a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio, las liquidaciones anuales de cesantías en firme del grupo de docentes activos y retirados de su planta global, pero quien paga estos valores liquidados es el FOMAG.

§11.3. **Cobro de lo no debido:** Conforme al Decreto 1272 de 2018 en cuyo artículo 2.4.4.2.3.2.28, expresamente dispone que “El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

§11.4. **Errónea interpretación de la ley 50 de 1990 para las pretensiones del accionante:** El régimen aplicable es el establecido en la ley 91 de 1989 y 1071 de 2006

§11.5. **Cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la secretaria de Educación - municipio de Manizales para el proceso demandado:** la entidad envió a la fiduprevisora por correo electrónico las liquidaciones necesarias en el proceso de cesantías de los docentes activos y retirados del año 2020, el envío de la información se realizó en los tiempos señalados en los comunicados del Fomag. N 008 del 11 de diciembre de 2020 y el comunicado 005 del 7 de diciembre de 2021, tal como se evidencia en el certificado de envío de SERVIENTREGA con número de guía 9128887309 con fecha de remisión: 04/02/2021 y pantallazo de correo electrónico con remisión de información al correo: interesescesantias@fiduprevisora.com.co.

§11.6. **Prescripción:** Correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por este fenómeno prescriptivo.

§11.7. **Genérica.**

1.4. La sentencia que negó las pretensiones⁴

§12. El Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

⁴038Sentencia.pdf

"..." PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADA las excepciones de "Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley" propuesta por el Departamento de Caldas, y de "Inexistencia de la obligación" propuesta por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formula la señora ELIZABETH RENDÓN ARROYAVE en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: SIN COSTAS por lo brevemente considerado."..."

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:
En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

1. 1. ¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, esto es, un día de salario básico por cada día de retardo por la no consignación oportuna de las cesantías del año 2020, contados desde el 15 de febrero de 2021, por parte de la nación (Ministerio de educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio – Fomag) y del Departamento de Caldas?

2. ¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca y pague la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y el decreto 1176 de 1991 equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020?

En caso afirmativo

1. ¿Es el Fomag o el departamento de caldas o ambas la responsable del pago de la sanción moratoria y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

2. ¿Resulta procedente el pago indexado de las sumas reclamadas por concepto de sanción por mora y los intereses? 3. ¿Resulta procedente el pago 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?.

§14. El juzgado realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y, en principio, no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§16. En cuanto a los intereses, estos se liquidan y reportan a 5 de febrero de cada año, y se calculan sobre la suma acumulada de todas las cesantías liquidadas año a año, y se pagan en el mes de marzo de cada año.

§17. Por lo tanto consideró, dadas las diferencias entre ambos regímenes de cesantías, cuando un docente está afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no le es aplicable la sanción mora regulada en la ley 50 de 1990 art. 99, salvo que 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, como sucedió en los casos analizados por la jurisprudencia de las altas cortes.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad ⁵

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§19. Mediante proveído del 29 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

⁵ 041Apelacion.pdf

⁶ 02AutoAdmisionyTraslado.pdf

⁷ 06ConstanciaDespacho.pdf

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada. /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

§31. Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en esta sentencia, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su

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

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

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

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para

de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989 .

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

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

§35. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§36. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§37. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§38. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§39. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§40. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandante intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§41. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§42. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales del 29 de marzo de 2023, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Elizabeth Rendón Arroyave, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Yaqueline Guapacha
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG - Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-39-006-2022-00094-02
Acto judicial: Sentencia 149

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 09 de diciembre de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Yaqueline Guapacha**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 01DemandaAnexos.pdf

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto **NOM-730 DEL 12 de Octubre de 2021** por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, **(i)** se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.**(ii)** al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 29 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG

§10. Permaneció silente

1.3. Contestación del Departamento de Caldas²

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de

²013ContestaciónDptoCaldas.pdf

1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones³

§12. El Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“ ... ”

PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora YAQUELINE GUAPACHA en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS. “...”

(...)

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:
En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿TIENE DERECHO LOS DEMANDANTES A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA SANCIÓN MORATORIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990, ESTO ES, UN DÍA DE SALARIO BÁSICO POR CADA DÍA DE RETARDO POR LA NO CONSIGNACIÓN OPORTUNA DE LAS CESANTÍAS DEL AÑO 2020, CONTADOS DESDE EL 15 DE FEBRERO DE 2021, POR PARTE DE LA NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG) Y DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS?

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS, ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 52 DE 1975, LA LEY 50 DE 1990 Y EL DECRETO 1176 DE 1991 EQUIVALENTE AL VALOR CANCELADO DE LOS INTERESES CAUSADOS DURANTE EL AÑO 2020?

EN CASO AFIRMATIVO

• ¿ES EL FOMAG O EL DEPARTAMENTO DE CALDAS O AMBAS LA RESPONSABLE DEL PAGO DE LA SANCION MORATORIA Y LA INDEMNIZACION POR EL PAGO TARDIO DE LOS INTERESES A LAS CESANTIAS?

³05Sentencia.pdf

• *¿RESULTA PROCEDENTE EL PAGO INDEXADO DE LA SUMAS RECLAMADAS POR CONCEPTO DE SANCIÓN POR MORA Y LOS INTERESES?*

• *¿RESULTA PROCEDENTE EL PAGO 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?*

§14. El juzgado realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y, en principio, no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§16. En cuanto a los intereses de las cesantías, ilustró que los artículos 3° y 4° del Acuerdo 39 de 1998 del Fomag determina un régimen propio de pago de cesantías, a cancelarse en marzo de cada año, por lo que no se aplican los dictados de la Ley 50 de 1990.

§17. . Por lo tanto, consideró, las normas cuya aplicación reclama la parte demandante, resultan incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes, aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses, están regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad⁴

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

⁴ 50Apelaciòn.pdf

1.5. Actuación de segunda instancia ⁵

§19. Mediante proveído del 23 de febrero de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁶.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

⁵ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁶ 05ConstanciaDespacho.pdf

conformidad con las normas vigentes.

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁷.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

(iii) *Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.*

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo °038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§31. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

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

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

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

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

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

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

§35. Se concluye que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990

únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

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

§37. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§38. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§39. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§40. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§41. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§42. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§43. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§44. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 09 de diciembre de 2022, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Yaqueline Guapacha**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Diana Rocío Quiroga Jaramillo
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-33-001-2022-00132-02
Acto judicial: Sentencia 155

Manizales, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La primera instancia negó las pretensiones porque los docentes afiliados al FOMAG tienen un régimen propio. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2023 proferida por la Señoría del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Diana Rocío Quiroga Jaramillo**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio - Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto **NOM-532 DEL 22 de septiembre de 2021** por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§6. A título de restablecimiento del derecho, se pidió: **(i)** condene a la demandada al pago de la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020; **(ii)** al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de cada año.

§08. El 14 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos 13 y 53, de la Constitución Política, 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 Nacional 1176 de 1991; 1° y 2° del Decreto 1582 de 1998. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

¹ 01DemandaAnexos.pdf

² 07ContestaciónFomagpdf.

§10.1. **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** El acto ficto demandado es inexistente, toda vez, que dicho fenómeno procedimental se configura al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A., cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la Administración no ha notificado decisión alguna al respecto. En el caso objeto de análisis, la Entidad demandada mediante Oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.

§10.2. **Inexistencia de la obligación por parte del fomag:** Conforme la sentencia SU-098 de 2018, en el presente asunto no se configura la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, como tampoco se podrá configurar esta sanción para los docentes que se encuentren bajo los mismos supuestos de hecho aquí expresados, toda vez que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibles la administración a través de cuentas individuales.

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

1.4. La sentencia que negó las pretensiones⁴

§12. El Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

³08ContestaciónDepartamentodeCaldas. pdf

⁴22Sentencia.pdf

“...” PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de “caducidad” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-, conforme a lo dicho en la considerativa.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la señora DIANA ROCÍO QUIROGA JARAMILLO 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.

TERCERO: SIN CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, conforme a lo considerado.

CUARTO: EXPEDIR a costa de la parte interesada, las copias auténticas que sean solicitadas, con observancia de los parámetros legales establecidos en el artículo 114 del Código General del Proceso.

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

- i. *¿Se configura la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos planteados por el Ministerio de Educación – Fomag?*
- ii. *En caso de respuesta negativa al interrogante anterior, ¿La sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de La Ley 50 de 1990, es aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes contenido en la Ley 91 de 1989?*
- iii. *De resultar aplicable la referida norma, ¿hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondientes al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 15 de febrero del año 2021?*
- iv. *¿Resulta procedente ordenar el pago de la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías conforme a lo dispuesto en el Decreto 1176 de 1991, en concordancia con la Ley 52 de 1975?*

§14. El juzgado realizó un análisis sobre (i) la cosa juzgada constitucional, respecto de la sentencia C- 928 de 2006 y el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que la jurisprudencia allegada por la parte actora, para ser tenida en cuenta en el presente análisis, no tiene aplicación general. En el presente caso no procede la aplicación del principio de favorabilidad, por dos razones. En primer lugar, porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferirse aquella más favorable, si se tiene en cuenta que, la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es a todas luces incompatible con el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes. Incluso, la propia Ley 344 de 1996 señaló que la extensión de las disposiciones de la Ley 50 de 1990, se entendía sin perjuicio de lo establecido en la Ley 91 de 1989. En segundo lugar, porque se vulneraría el principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

§16. La indemnización establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, no procede la aplicación dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma.

§17. Por lo tanto consideró, que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda con fundamento en la sentencia SU-098 de 2018, por no existir identidad fáctica con el presente caso.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad ⁵

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§19. Mediante proveído del 08 de agosto de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

⁵ 22Apelacion.pdf

⁶ 02AutoAdmisionyTraslado.pdf

⁷ 07ConstanciaDespacho.pdf

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Cuál es la entidad que debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.1. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

§31. Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en esta sentencia, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de

2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

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

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

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

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

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

generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989 .

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

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

§35. Se tiene que la parte demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§36. De esta manera, no prosperan los cargos de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§37. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§38. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§39. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§40. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§41. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales del 23 de junio de 2023, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Diana Rocío Quiroga Jaramillo**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Hugo Silva Marín
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG - Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-33-004-2022-00149-02
Acto judicial: Sentencia 150

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Hugo Silva Marín**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto **NOM-538 DEL 22 de septiembre de 2021** por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, (i) se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.(ii) al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 14 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

¹ 01DemandaAnexos.pdf

² 007ContestacionFOMAG. pdf

§10.1. **Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva:** Quien le corresponde pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de correspondiente los años 1995 a 1996 su reconocimiento era al Ente Territorial, por ser la Entidad nominadora, o Empleadora del docente.

§10.2. **Falta de Reclamación Administrativa:** Revisadas las pruebas allegadas con el escrito demanda se observan que, si bien adjunta un escrito de reclamación ante Fiduprevisora, no se observa ningún otro agotamiento por vía administrativa que permita verificar que se presentó reclamación de lo pretendido ante una autoridad administrativa como lo es el ente territorial, “Gobernación – Secretaria de Educación”, entidad nominadora y con las facultades de expedir actos administrativos.

§10.3. **Inexistencia Del Derecho Reclamado a Favor del Demandante:** La ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes, por lo tanto la liquidación y pago de intereses a las cesantías están regulados por la ley 91 de 1989 desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998 aplicables a los afiliados al FOMAG.

§10.4. **Cobro de lo no debido:** no se adeuda obligación alguna, teniendo en cuenta que, al realizar el pago de las acreencias reclamadas dentro de los términos establecidos en la ley, la mora endilgada jamás se llegó a efectuar

§10.5. **Buena fe:** Sí se aplica la normatividad contemplada en la ley 50 de 1990, se debe tener en cuenta que las sanciones que emanan de esta normatividad deben pasar por un control de legalidad y lograr demostrar dentro del proceso MALA FE por parte de la entidad, de lo contrario no se podría configurar sanción alguna.

§10.6. **Improcedencia de condenas en costas:** no procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos; en consecuencia, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

§10.7. **Genérica**

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados

³008ContestaciónDptoCaldas.pdf

por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§12. El Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“ ... ”

PRIMERO: DECLARAR PROSPERAS las excepciones de “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS”.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por el señor HUGO SILVA MARÍN en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en precedencia. TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado. “ ... ”

(...)

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:
En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho el demandante al pago de la sanción por mora por el retardo en la consignación de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990?

¿Y de haberse consignado tardíamente los intereses a las cesantías, es procedente el pago de la indemnización?

§14. Realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y en principio no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de

⁴029Sentencia.pdf

1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§16. En cuanto a los intereses de las cesantías, se ilustró que los artículos 3° y 4° del Acuerdo 39 de 1998 del Fomag determina un régimen propio de pago de cesantías, a cancelarse en marzo de cada año, por lo que no se aplican los dictados de la Ley 50 de 1990.

§17. Por lo tanto consideró, que en cumplimiento de este reconocimiento, al docente HUGO SILVA MARÍN, se le liquidó la suma de \$1.285.908,00, misma que fue cancelada el 31 de marzo de 2021, conforme los lineamientos establecidos en el Acuerdo 039 de 1998, del Consejo Directivo del FOMAG, en el artículo 4, por lo tanto 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.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad ⁵

§18. §17. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§19. Mediante proveído del 23 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

⁵ 36Apelacion.pdf

⁶ 02AutoAdmisionyTraslado.pdf

⁷ 04ConstanciaDespacho.pdf

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo °038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue

respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§31. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

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

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

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

reconocimiento de los intereses anuales así:

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

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

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

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

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

§37. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§38. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§39. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§40. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§41. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§42. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§43. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§44. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales del 19 de diciembre de 2022, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Hugo Silva Marín**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Humberto Gómez Uribe
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG - Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-39-006-2022-00352-02
Acto judicial: Sentencia 0151

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2023 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Humberto Gómez Uribe**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 04 de noviembre de 2021 por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, (i) se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.(ii) al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 01 de septiembre de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

¹ 01DemandaAnexos.pdf

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** El demandante persigue que el juez(a) de la presente causa declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por la presunta no contestación de una solicitud de reconocimiento indemnizatorio presentada el día 13 de julio de 2021 ante el Departamento del Chocó. la Entidad demandada mediante Oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.

§10.2. **Inexistencia de la Obligación:** La ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes, por lo tanto la liquidación y pago de intereses a las cesantías están regulados por la ley 91 de 1989 desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998 aplicables a los afiliados al FOMAG.

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional. Los docentes del FOMAG se encuentran amparados por un régimen especial de prestaciones sociales que se rige por la Ley 91 de 1989, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de que trata la Ley 50 de 1990, el cual es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§11.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

² 010Contestación Fomag

³011ContestaciónDptoCaldas.pdf

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§12. El Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“ ... ”

PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por el señor HUMBERTO GÓMEZ URIBE en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

TERCERO: RECONOCESE personería jurídica para actuar a la abogada ISOLINA GENTIL MANTILLA, identificada con C.C. No 1.091.660.314 T.P. No. 239773 del C.S. de la J, para actuar en representación de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN (FOMAG), conforme con el poder y la sustitución al mismo obrante en el PDF 018 del Expediente Digital.

CUARTO: Sin condena en costas. “...”

(...)

§13. La Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:
En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990, ASÍ COMO AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 52 DE 1975 Y EL DECRETO 1176 DE 1991, POR CONCEPTO DEL PAGO INOPORTUNO DE LAS CESANTÍAS Y LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS?

EN CASO AFIRMATIVO

SE DEBERÁ DETERMINAR SI LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO INOPORTUNO TANTO DE LAS CESANTÍAS COMO DE LO INTERESES DE LAS MISMAS Y LAS INDEMNIZACIONES Y SANCIONES MORATORIAS RESPECTIVAS, ESTARÁN A CARGO DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS O DE AMBAS ENTIDADES.

§14. El juzgado realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

⁴19Sentencia.pdf

§15. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y, en principio, no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§16. En cuanto a los intereses de las cesantías, ilustró que los artículos 3° y 4° del Acuerdo 39 de 1998 del Fomag determina un régimen propio de pago de cesantías, a cancelarse en marzo de cada año, por lo que no se aplican los dictados de la Ley 50 de 1990.

§17. . Por lo tanto, consideró, las normas cuya aplicación reclama la parte demandante, resultan incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes, aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses, están regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad ⁵

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§19. Se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

⁵ 22Apelación.pdf

⁶ 03AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷05ConstanciaDespacho.pdf

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio

equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes

91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo °038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

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

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue

respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§31. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero, 3 de marzo y 19 de mayo de 2022, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

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

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

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

reconocimiento de los intereses anuales así:

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

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

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

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

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

§37. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§38. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§39. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§40. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§41. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§42. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandada intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§43. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§44. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 07 de diciembre de 2022, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Humberto Gómez Uribe**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ciguifredo Martínez Quiroga
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicado: 17-001-33-39-006-2022-00424-02
Acto judicial: Sentencia 00156

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991 como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías. La parte demandante apeló para que se revoque la sentencia. La sala confirma la sentencia de primera instancia.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2023 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Ciguifredo Martínez Quiroga** demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías establecida en la ley 50 de 1990 y pago tardío de los intereses a la cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 01DemandaAnexos.pdf

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 05 de noviembre de 2021 por medio del cual se niega el 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, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, (i) se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, reconozca y pague la a que se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020.(ii) al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020.

§07. De acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

§08. El 05 de agosto de 2021, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, la cual se resolvió negativamente.

§09. La demanda invocó como violados los artículos, arts. 13 y 53, de la Constitución Política, 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

§10. Se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. **Inepta demanda por falta de requisitos formales:** el Libelo introductorio no cumple con las exigencias de forma, es decir no reúne los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda previstos en los artículos 162, 163, 166 y 167 del C.P.A.C.A; la entidad demandada emitió respuesta de fondo a la reclamación administrativa del 06 de agosto de 2021, acto administrativo que no ha perdido su legalidad y que también debió ser demandado.

² 010Contestación Fomag

§10.2. **Caducidad:** Conforme al numeral 3 del artículo 136 del C.P.A.C.A, no existe término de caducidad en los actos fictos o presuntos, en el caso sub – examine es incierta la afirmación y pretensión del accionante y su apoderado, pues en caso que se hubiese dado contestación de la solicitud del pago de la sanción moratoria se quebrantaría el andar jurídico de ficto o presunto para recrearse un debate jurídico de agotamiento de vía gubernativa y contabilidad de términos de acuerdo al artículo 136 No. 29 de cuatro (4) meses para interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendida en la presente.

§10.3. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Quien le corresponde pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de correspondiente los años 1995 a 1996 su reconocimiento era al Ente Territorial, por ser la Entidad nominadora, o Empleadora del docente.

§10.4. **Falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir pagos de cesantías e interés de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad Territorial extemporaneamente(sic).** En atención al Acuerdo No. 39 de 1998, la legitimada para asumir eventuales pago de prestaciones sociales es el respectivo ENTE TERRITORIAL cuando el reporte de la liquidación del valor de las cesantías se realiza después de 05 de febrero de cada anualidad.

§10.5. **Inexistencia de la Obligación:** La ley 50 de 1990, norma que se reitera no es aplicable al régimen excepcional de los docentes, por lo tanto la liquidación y pago de intereses a las cesantías están regulados por la ley 91 de 1989 desarrollado su trámite por el Acuerdo 39 de 1998 aplicables a los afiliados al FOMAG. El demandado CIGUIFREDO MARTINEZ QUIROGA, se encuentra afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a partir del 08 DE MARZO DEL 2011, fue nombrado en propiedad con vinculación MUNICIPAL por parte de la Secretaría de Educación del MUNICIPIO DE MANIZALES.

§10.6. **Inexistencia del deber de la Nación – Min Educación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes:** El Régimen General, numeral 1º del Art, 1º de la Ley 52 de 1975, en concordancia con el numeral 2º Art. 99 Ley 50/90, señaló la forma de liquidación de los intereses sobre cesantías, los cuales son equivalentes al 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía. Por lo tanto los intereses a las cesantías docentes deben ser pagados al trabajador, en el mes de marzo del año siguiente a su causación. En razón a que nada se dijo sobre el día exacto de pago, se sobrentiende que debe concurrir, a más tardar, el último día del citado mes de marzo, junto al salario.

§10.7. **Imposibilidad Fáctica de equipar la actividad operativa “Liquidación de la Cesantías” realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990:** Se constituye en “*conditio sine qua non*” para la liquidación de la prestación, su previo descuento de los recursos que ingresarían al Ente territorial, y su pre- giro al Fondo. La liquidación de la prestación no es equivalente a su consignación, y, por ende, no es posible al interior del Sistema FOMAG, extender las consecuencias

indemnizatorias del Régimen General (Ley 50/90). Se desconoce la forma en que el operador judicial ha hallado respaldo probatorio, en los casos que ha condenado al pago de penalidad por consignación extemporánea, dentro de este régimen.

§10.8. Régimen especial docente. no resulta per se violatorio del derecho a la Igualdad: No existe la aludida penalidad, debido a que no existe la actividad operativa de “consignación de cesantías”, en razón al pre-giro por parte de Ministerio de Hacienda, motivo por el cual, la consignación extemporánea no se configura al interior del sistema

§10.9. Imposibilidad operativa de que se configure sanción- moratoria por consignación tardía: No existe en el FOMAG cuenta individual por docente por ser un fondo común con unidad de caja, en ese sentido el trabajador debe probar que son sus cesantías individualmente hablando las que no se consignaron en tiempo.

§10.10. Procedencia del Apartamiento Administrativo en Nuestro Ordenamiento Jurídico: En el FOMAG, no se efectúa consignación de cesantías con corte a 15 de febrero, no se configura consignación extemporánea de estas, y jamás se estructura la indemnización de la Ley 50/90. Toda la problemática se solventa, estudiante el cuerpo normativo que regula las fuentes de financiación de las prestaciones sociales docentes, su forma y tiempos de giro al Fondo, ya la Entidad que realiza dicha actividad.

§10.11. Técnica de distinción (DISTINGUISHING) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares: de Acuerdo a la Sentencia SU-573 de 2019, la misma Corte Constitucional en sede de Unificación Jurisprudencial, realizó una valoración entre el contenido de la citada SU-098 de 2018, y los presupuestos de hecho y derecho fundante de la SU-573 de 2019 al interior que Sistema Especial FOMAG, no se estructura la “consignación extemporánea”, y por ende, claudica la solicitud indemnizatoria Ley 50/90.

§10.12. No procedencia de la condena en costas: No procede entonces la condena en costas de los cuales se integran en parte por las agencias en derechos; en consecuencia, solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

§10.13. Genérica.

1.3. Contestación del Municipio de Manizales³

§11. El municipio de Manizales se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

³011ContestaciónDptoCaldas.pdf

§11.1. **Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido:** conforme el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, y el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 art. 2°, 3°, 4° y 5°, la actividad que desarrollan las entidades territoriales en virtud de la descentralización y desconcentración de funciones se encuentra; las operaciones administrativas entre las solicitudes de los docentes y el FOMAG, pero el responsable directo de pronunciarse, aprobar, pagar y/o negar las prestaciones de los docentes, es el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

§11.2. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quién pagará un interés anual sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, al personal docente afiliados y que tenga derecho de acuerdo al régimen prestacional que les cobije. (...). En este orden de ideas, La entidad territorial remite a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio, las liquidaciones anuales de cesantías en firme del grupo de docentes activos y retirados de su planta global, pero quien paga estos valores liquidados es el FOMAG.

§11.3. **Cobro de lo no debido:** Conforme al Decreto 1272 de 2018 en cuyo artículo 2.4.4.2.3.2.28, expresamente dispone que “El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

§11.4. **Errónea interpretación de la ley 50 de 1990 para las pretensiones del accionante:** El régimen aplicable es el establecido en la ley 91 de 1989 y 1071 de 2006

§11.5. **Cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la secretaria de Educación - municipio de Manizales para el proceso demandado:** la entidad envió a la fiduprevisora por correo electrónico las liquidaciones necesarias en el proceso de cesantías de los docentes activos y retirados del año 2020, el envío de la información se realizó en los tiempos señalados en los comunicados del Fomag. N 008 del 11 de diciembre de 2020 y el comunicado 005 del 7 de diciembre de 2021, tal como se evidencia en el certificado de envío de SERVIENTREGA con número de guía 9128887309 con fecha de remisión: 04/02/2021 y pantallazo de correo electrónico con remisión de información al correo: interesescesantias@fiduprevisora.com.co.

§11.6. **Prescripción:** Correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedara cobijado por este fenómeno prescriptivo.

§11.7. **Genérica.**

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§12. El Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

⁴19Sentencia.pdf

“ ... ”

RIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO” propuesta por el MUNICIPIO DE MANIZALES. SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por el señor CIGUIFREDO MARTÍNEZ QUIROGA en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el MUNICIPIO DE MANIZALES.

TERCERO: Sin condena en costas.. “...”

(...)

§13. La Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:
En el presente asunto deben resolverse los siguientes problemas jurídicos:

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990, ASÍ COMO AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 52 DE 1975 Y EL DECRETO 1176 DE 1991, POR CONCEPTO DEL PAGO INOPORTUNO DE LAS CESANTÍAS Y LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS?

EN CASO AFIRMATIVO

SE DEBERÁ DETERMINAR SI LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO INOPORTUNO TANTO DE LAS CESANTÍAS COMO DE LO INTERESES DE LAS MISMAS Y LAS INDEMNIZACIONES Y SANCIONES MORATORIAS RESPECTIVAS, ESTARÁN A CARGO DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS O DE AMBAS ENTIDADES.

§14. El juzgado realizó un análisis sobre el régimen de cesantías de los docentes, consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. El Juzgado argumentó que los docentes oficiales, se rigen por una norma especial y, en principio, no están amparados por las disposiciones consagradas en la Ley 50 de 1990, dirigida de manera exclusiva a los empleados territoriales que luego fue extensiva a todos los empleados públicos sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989; lo que conlleva a que la naturaleza del FOMAG 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.

§16. En cuanto a los intereses de las cesantías, ilustró que los artículos 3º y 4º del Acuerdo 39 de 1998 del Fomag determina un régimen propio de pago de cesantías, a cancelarse en marzo de cada año, por lo que no se aplican los dictados de la Ley 50 de 1990.

§17. . Por lo tanto, consideró, las normas cuya aplicación reclama la parte demandante, resultan incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes, aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses, están regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

1.4. La apelación de la parte demandante, los educadores que tengan un

régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad⁵

§18. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) los docentes hacen parte de los empleados públicos, a quienes en general, tienen derecho a la sanción moratoria por la consignación tardía de sus cesantías anualizadas. (ii) El Honorable Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020).

1.5. Actuación de segunda instancia⁶

§19. Mediante proveído del 14 de septiembre de dos mil veintitrés(2023) se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*
- *¿Se configuró la prescripción en este caso?*

⁵ 22Apelación.pdf

⁶ 03AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷05ConstanciaDespacho.pdf

2.3. Régimen Prestacional Docente

§22. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 15 conservó el sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados hasta el 31 de diciembre de 1989; y a los docentes nacionales como los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad, sujeto al reconocimiento de intereses:

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

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

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

§23. En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 4 de abril de 2019⁸.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. 54001-23-33-000-2016-00385-01(4023-17).

“Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 [lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales], se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

(iii) Posteriormente, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)

En consecuencia, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares, no obstante, la demandante se vinculó como docente del departamento de Norte de Santander en el año 1995, este nombramiento se realizó:

(...)

iv) Por lo tanto, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 el régimen de cesantías aplicable, es el anualizado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 numeral 3 literal b. de la Ley 91 de 1989.

En este sentido, dado que la Ley 91 de 1989 señala que las cesantías para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se liquidan anualmente y sin retroactividad, no es procedente el reconocimiento de la prestación deprecada de forma retroactiva, pues como quedó estudiado en precedencia, se le debe cancelar a la demandante de forma anualizada.” /rft/.

§24. Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 en su artículo 57, establece;

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

Magisterio.

...

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

§25. Se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió 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 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”.

§26. En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la transferencia del recurso va una caja común, y no en cuentas individuales, como ocurre con lo preceptuado en el artículo de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

2.4. Sanción Moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, indemnización por el no pago oportuno de los intereses a la parte demandante

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

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

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

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o

proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

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

§28. Por su parte, la Ley 244 de 1995 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 2006, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

§29. El Consejo de Estado consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006, 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.

§30. En la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero , 3 de marzo y 19 de mayo de 2022 , sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el sub lite.

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

§32. Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad

de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

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

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

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

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

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la

Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

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

§35. Se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

§36. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: *“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.”*

§37. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§38. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§39. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§40. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandante intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§41. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§42. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 23 de junio de 2023, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ciguifredo Martínez Quiroga, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con Permiso)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 196

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-008-2017-00227-02
Demandante: María Jahel Marulanda de Martínez
Demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 055 del 20 de octubre de 2023

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Jahel Marulanda de Martínez contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)².

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 12 de mayo de 2017³, se solicitó lo siguiente⁴:

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, UGPP.

³ Archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Páginas 2 y 3 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones nº RDP 048777 del 23 de diciembre de 2016 y nº RDP 014444 del 5 de abril de 2017, con las cuales la UGPP, en su orden, negó el reconocimiento y pago de pensión gracia a favor de la señora María Jahel Marulanda de Martínez, y confirmó dicha decisión al resolver desfavorablemente el recurso de apelación.
2. Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la UGPP reconocer pensión gracia a favor de la señora María Jahel Marulanda de Martínez, a partir del 14 de abril de 1989.
3. Que se ordene a la UGPP pagar retroactivamente las mesadas dejadas de percibir desde la fecha de status, esto es, a partir del 14 de abril de 1989, hasta que se haga el pago efectivo conforme a la sentencia.
4. Que las sumas debidas se indexen.
5. Que se condene a la entidad demandada al pago de intereses moratorios.
6. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁵:

1. El 17 de agosto de 2016, la señora María Jahel Marulanda de Martínez solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de pensión gracia, por haber cumplido los requisitos de ley, esto es, tener más de 50 años de edad al 14 de abril de 1978, tener más de 20 años de servicio en el Magisterio y haber sido nombrada antes del 31 de diciembre de 1980 por entidad territorial (municipio).
2. Con Resolución nº RDP 048777 del 23 de diciembre de 2016, la UGPP negó la petición hecha.
3. Contra el anterior acto administrativo, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto desfavorablemente a través de Resolución nº RDP 014444 del 5 de abril de 2017.

⁵ Página 2 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

4. La señora María Jahel Marulanda de Martínez fue nombrada por el Municipio de Manizales como maestra de educación no formal.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁶: Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, 29, 48, 53 y 58; Ley 114 de 1913; Ley 37 de 1933; Ley 10 de 1993; Ley 797 de 2003, y demás normas que adicionen o reformen las anteriores. Así mismo, consideró que se desconocen las sentencias C-111 de 2006, C-1035 de 2008 y T-701 de 2008.

Hizo referencia a marco normativo de la pensión gracia, trayendo a colación lo dispuesto por las Leyes 114 de 1913, 4ª de 1966 y 37 de 1933, concluyendo que los maestros de escuelas primarias oficiales tuvieron derecho a percibir simultáneamente pensión nacional y departamental, prerrogativa que en los mismos términos de las normas citadas se hizo extensiva a empleados y profesores de escuelas normales, inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los años de servicio en establecimientos de enseñanza secundaria.

Reprochó que la pensión gracia le fuera negada bajo el argumento que perteneció a la educación no formal.

Indicó que no le es atribuible el hecho que los formatos que certifican su relación laboral, expedidos por la entidad idónea encargada de hacer y dar fe de dicha información, la rotulen como maestra de educación no formal. Acotó que tampoco es obligatorio presentar una certificación laboral en los formatos que dispone el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)⁷, dando relevancia a las formalidades sobre la realidad legal.

Expuso que la entidad demandada desconoce de manera flagrante los tiempos de servicio, así como el hecho que la señora *"MIRYAM GOMEZ (sic) DE RENTERIA (sic)"* (sic) fue nombrada como profesora de nivel primaria por el Municipio de Manizales mediante decreto del 23 de marzo de 1970, esto es, con antelación al 31 de diciembre de 1980; todo lo cual permite deducir su carácter de docente de orden territorial.

Señaló que conforme al artículo 2 del Decreto 2277 de 1979, la profesión docente se entiende como el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles educativos, definición que

⁶ Página 2 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ En adelante, FOMAG.

incluye además a quienes ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional.

Acotó que el artículo 3 del decreto mencionado definió como docentes oficiales a quienes prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, precisando que estos son empleados oficiales de régimen especial, que una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en dicha norma.

Consideró entonces que tiene el derecho a acceder a la pensión gracia, toda vez que cumple los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913, y su nombramiento antes de 1980 fue de orden territorial emitido por el Municipio de Manizales.

Finalmente manifestó que en casos similares, la entidad demandada reconoció otras solicitudes en las mismas condiciones en que se encuentra la actora, lo que permite reclamar, en derecho a la igualdad, un trato semejante, pues no existe razón para un trato diferencial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro de la oportunidad legal, la UGPP contestó la demanda⁸, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones con sustento en los siguientes argumentos.

Expuso que la demandante no cumple los requisitos legales para obtener el beneficio que reclama, teniendo en cuenta que no acredita un total de 20 años de servicio docente prestado con carácter nacionalizado, departamental, distrital o municipal y, además, ha prestado servicios de carácter administrativo, los cuales no pueden ser adicionados al servicio docente.

Propuso como excepciones las que denominó: ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”***, en la medida en que la parte actora no cumple los requisitos legales para acceder a la pensión gracia y, por ende, la entidad no tiene obligación de reconocerle dicha prestación ni pagarle suma alguna; ***“BUENA FE”***, por cuanto los actos demandados no fueron expedidos de manera arbitraria o amañada, ni mucho menos vulnerando normativa alguna; ***“PRESCRIPCIÓN”***, atendiendo lo previsto por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de

⁸ Páginas 60 a 66 del archivo n° 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

Procedimiento Laboral; y “*LA GENÉRICA*”, en tanto se declare probado todo hecho a favor de la UGPP que constituya una excepción a las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA APELADA

El 23 de enero de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁹, a través de la cual: **i)** declaró probada la excepción de prescripción; **ii)** declaró infundados los demás medios exceptivos; **iii)** declaró la nulidad de los actos administrativos demandados; **iv)** a título de restablecimiento del derecho, condenó a la UGPP a que reconozca y pague a favor de la señora María Jahel Marulanda de Martínez, pensión gracia desde el 11 de marzo de 1989, pero con efectos fiscales a partir del 17 de agosto de 2013 por prescripción trienal, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año en que adquirió el status; **v)** dispuso que las sumas a reconocer debían actualizarse y que devengarían intereses moratorios conforme a la ley; **vi)** ordenó que se cumpliera la sentencia en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA; y **vii)** condenó en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Inicialmente hizo alusión al marco normativo de la pensión gracia, concluyendo que para el reconocimiento y pago de dicha prestación es indispensable acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos en la normativa que la regula, entre los que se encuentran: haber prestado los servicios como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de 20 años, vinculado antes del 31 de diciembre de 1980, haber cumplido 50 años de edad, y haberse desempeñado con honradez, consagración y buena conducta.

A continuación, indicó que al contrastar los Decretos 2277 de 1979 y 3011 de 1997, se advierte que las tareas propias desempeñadas por un educador no formal sí implican el ejercicio de la actividad docente, toda vez que éstas se relacionan con el proceso de instrucción formal sujeto a las normas del sistema educativo y a las directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional.

En ese sentido, sostuvo que el tiempo de servicio prestado en la educación no formal sirve para acreditarlo como requisito para hacerse acreedor a la pensión gracia.

Hizo referencia a las reglas jurisprudenciales para el reconocimiento de la

⁹ Archivo nº 22 del cuaderno 1 del expediente digital.

pensión gracia, de conformidad con sentencia de unificación del Consejo de Estado del 21 de junio de 2018¹⁰.

Trajo a colación las pruebas recaudadas, con base en las cuales señaló que la señora María Jahel Marulanda de Martínez cumple los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión gracia, como quiera que: **i)** nació el 14 de abril de 1928, por lo que cumplió la edad de 50 años el 14 de abril de 1978; **ii)** se vinculó como docente antes del 31 de diciembre de 1980; **iii)** cumplió más de 20 años de servicio como docente del sector público municipal en el cargo de maestra de educación no formal desde el 11 de marzo de 1969 hasta el 2 de mayo de 1993; **iv)** obra certificado de antecedentes disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación y además declaración juramentada en relación el desempeño con honradez, consagración y buena conducta; y **v)** no ha habido discusión en sede administrativa ni en la judicial en relación con el hecho de recibir otra pensión de carácter nacional.

Explicó que la condición o naturaleza jurídica del vínculo docente, esto es, si es nacional, nacionalizado o territorial, no está determinado por el origen de los recursos destinados para cubrir las acreencias que genera el respectivo vínculo, sino que lo relevante es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, la cual se encuentra acreditada con los certificados de información laboral expedidos el 20 de junio de 2016 por el Municipio de Manizales, en los que se indica que pertenece al sector público municipal.

Estimó que la anterior situación implica que el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas (situado fiscal) cuando se sufragaban los gastos a través de los fondos educativos regionales.

Indicó que aunque la accionante tenía derecho a la pensión gracia desde el 11 de marzo de 1989, al haber presentado la petición de reconocimiento el 17 de agosto de 2016, permitió que prescribieran las mesadas pensionales anteriores al 17 de agosto de 2013.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹¹, reiterando que la demandante no reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento de la pensión

¹⁰ Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04683-01(3805-14).

¹¹ Archivo nº 23 del cuaderno 1 del expediente digital.

gracia, como quiera que los servicios prestados entre el 11 de marzo de 1969 y el 2 de mayo de 1993, lo fueron como maestra de educación no formal y, por lo tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para el cómputo de la prestación reclamada, ya que la educación no formal no hace parte del ejercicio de la profesión docente.

De otra parte, frente a la condena en costas, transcribió apartes de varias providencias del Consejo de Estado, relacionadas con el tema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

Parte demandada¹²

Intervino para ratificarse en los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 3 de febrero de 2021¹³, y allegado el 16 de marzo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁴.

Admisión y alegatos. Por auto del 16 de marzo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹⁵. Dentro del término conferido, sólo la parte accionada alegó de conclusión¹⁶. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 10 de mayo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁷.

¹² Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁶ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

Prueba de oficio. Con auto del 31 de marzo de 2023¹⁸, la Sala decretó de oficio la práctica de una prueba documental, de la cual se corrió el traslado correspondiente una vez fue allegada¹⁹; y frente a la que la parte actora se pronunció²⁰.

Nuevo paso a Despacho para sentencia. El 19 de marzo de 2021 el proceso ingresó nuevamente a Despacho para sentencia²¹, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de apelación propuesto, la Sala estima que el problema jurídico en el presente asunto se contrae a resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Los docentes que desempeñan actividades de educación no formal tienen derecho a que les sea reconocida pensión gracia?*
- *¿La señora María Jahel Marulanda de Martínez cumple los requisitos previstos para el reconocimiento y pago de una pensión gracia?*
- *¿Procede en el caso concreto la condena en costas impuesta por el Juzgado de primera instancia?*

Para despejar las cuestiones planteadas, la Sala abordará los siguientes tópicos: **i)** hechos acreditados; **ii)** régimen legal y precedente jurisprudencial aplicable al reconocimiento y liquidación de la pensión gracia; **iii)** la profesión docente, la educación no formal y la educación para el trabajo y el desarrollo humano; **iv)** examen del caso concreto a fin de establecer si la

¹⁸ Archivo nº 11 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁹ Archivos nº 22 y 23 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 25 del cuaderno 2 del expediente digital.

²¹ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

demandante cumple los supuestos de hecho y de derecho para acceder a dicha pensión; y v) condena en costas en primera instancia.

1. Hechos debidamente acreditados

A continuación, la Sala de Decisión relacionará los hechos probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto.

Previo a ello, el Tribunal considera necesario precisar lo siguiente en relación con la información obtenida con ocasión de la prueba de oficio decretada en este asunto.

Como se indicó en el acápite de trámite procesal, con auto del 31 de marzo de 2023²², la Sala decretó de oficio la práctica de una prueba documental, consistente en oficiar a la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales para que informara y remitiera a este proceso, lo siguiente:

1. *Informe si la señora María Jahel Marulanda de Martínez, identificada con la cédula de ciudadanía n° 24'262.567 expedida en Manizales, se desempeñó propiamente como docente oficial o si tenía funciones administrativas o de coordinación, en el período comprendido entre el 11 de marzo de 1969 y el 2 de mayo de 1993.*
2. *Certifique la naturaleza de las instituciones educativas en las cuales la señora María Jahel Marulanda de Martínez prestó sus servicios en el período comprendido entre el 11 de marzo de 1969 y el 2 de mayo de 1993, particularmente la de las siguientes escuelas rurales de primaria: escuela de la vereda El Rosario, escuela El Arenillo, escuela de la vereda La Violeta, escuela Los Díaz; todas pertenecientes al Municipio de Manizales, según se aseguró en Certificado AGM-038 del 11 de mayo de 2000 expedido por el Jefe de Archivo y Correspondencia de la entidad territorial.*
3. *Informe si las escuelas de la vereda El Rosario, de El Arenillo, de la vereda La Violeta y Los Díaz, son instituciones educativas oficiales pertenecientes a la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales.*
4. *Precise si al laborar en las escuelas de la vereda El Rosario, de El Arenillo, de la vereda La Violeta y Los Díaz, la señora María Jahel Marulanda de Martínez hizo parte de instituciones educativas oficiales, o si por lo contrario, cumplió sus labores adscrita al Municipio de Manizales en programas de desarrollo social a la comunidad que se llevaran a cabo en el sector o comunidad que se le asignara.*

²² Archivo n° 11 del cuaderno 2 del expediente digital.

Con Oficio nº SEM UAF - 564 del 5 de mayo de 2023²³, el Municipio de Manizales se abstuvo de dar respuesta a los requerimientos 1 y 4, aduciendo que para la época en la que la señora María Jahel Marulanda de Martínez prestó sus servicios, las instituciones educativas de Manizales y sus respectivas sedes dependían directamente de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, ya que el municipio no había sido certificado. En ese sentido, indicó que la información solicitada en relación con la vinculación de la accionante, debía reposar en los archivos del departamento.

Precisó que las escuelas de la vereda El Rosario, El Arenillo, de la vereda La Violeta y Los Díaz, son efectivamente instituciones educativas oficiales rurales que fueron administradas por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas hasta el año 2002; fecha para la cual se certificó al Municipio de Manizales y a partir de la que éste pasó a ser el administrador de las mismas.

Refirió que las mencionadas escuelas son instituciones educativas oficiales pertenecientes al municipio.

Teniendo en cuenta la manifestación hecha por el Municipio de Manizales, la Secretaría de esta Corporación elevó el mismo requerimiento al Departamento de Caldas²⁴, el cual, a través de Oficio nº JAF-HV-162 del 9 de agosto de 2023²⁵, allegó certificado²⁶ en el que informó que revisados los archivos de las historias laborales del personal docente y administrativo de la Secretaría de Educación de la entidad, bases de datos y nóminas de pago, verificó que la señora María Jahel Marulanda de Martínez no registraba ningún tipo de vinculación como docente con el departamento por el período comprendido entre el 11 de marzo de 1969 y el 2 de mayo de 1993. Por lo demás, no se pronunció frente a los restantes requerimientos objeto de la prueba de oficio.

Atendiendo la imposibilidad de que el Municipio de Manizales o el Departamento de Caldas aclararan la vinculación de la señora María Jahel Marulanda de Martínez en los términos señalados en la prueba de oficio, este Tribunal se atenderá a la documentación que sobre el particular obra en el expediente, y de la cual se extrae lo que se indica en seguida:

a) La señora María Jahel Marulanda de Martínez nació el 14 de abril de

²³ Archivo nº 13 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁴ Archivos nº 14 y 19 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁵ Página 1 del archivo nº 21 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁶ Página 2 del archivo nº 21 del cuaderno 2 del expediente digital.

1928, tal como consta en la partida de bautismo²⁷ y en su cédula de ciudadanía²⁸.

b) De conformidad con los elementos probatorios allegados al expediente y que se relacionan a continuación, se encuentra acreditado que la señora María Jahel Marulanda de Martínez prestó sus servicios al Municipio de Manizales como maestra de educación no formal, desde el 11 de marzo de 1969 hasta el 2 de mayo de 1993, para un total de 24 años, 1 mes y 22 días:

- Decreto n° 065 del 28 de febrero de 1969²⁹, con el cual el alcalde de Manizales nombró a la señora María Jahel Marulanda de Martínez como profesora de corte y costura, en la Secretaría de Higiene y **Educación Municipal**.
- Acta de posesión del 11 de marzo de 1969³⁰, en la cual consta que la señora María Jahel Marulanda de Martínez tomó posesión del cargo de profesora de corte y costura, para el cual fue nombrada por el alcalde de Manizales mediante Decreto 065 del 28 de febrero de 1969.
- Decreto n° 203 del 23 de agosto de 1990³¹, con el cual el alcalde de Manizales reubicó, entre otras personas, a la señora María Jahel Marulanda de Martínez, de la Secretaría de Salud, Educación y Bienestar Social, a la División de **Educación** y Cultura.
- Acta de posesión del 27 de mayo de 1990³², en la cual consta que la señora María Jahel Marulanda de Martínez tomó posesión del cargo de maestra de corte y costura, conforme a reubicación hecha por el alcalde de Manizales mediante Decreto 203 del 23 de agosto de 1990.
- Acta de posesión del 31 de diciembre de 1990³³, en la cual consta que la señora María Jahel Marulanda de Martínez tomó posesión del cargo de maestra de educación no formal, adscrito a la Secretaría de Desarrollo Comunitario, por cambio en la denominación hecho mediante Decreto 711 del 31 de diciembre de 1990, expedido por el alcalde de Manizales.

²⁷ Página 9 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Página 68 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Página 78 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Página 63 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

³¹ Página 15 del archivo n° 30 del cuaderno 1 del expediente digital.

³² Página 16 del archivo n° 30 del cuaderno 1 del expediente digital.

³³ Página 17 del archivo n° 30 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Decreto n° 098 BIS del 23 de abril de 1993³⁴, con el cual el alcalde de Manizales aceptó la renuncia presentada por la señora María Jahel Marulanda de Martínez al cargo de maestra de educación no formal, adscrito a la Secretaría de Desarrollo Comunitario, a partir del 3 de mayo de 1993.
- Certificado n° 729 del 9 de junio de 1993³⁵, expedido por el Grupo de Archivo del Municipio de Manizales, en el que informa que la señora María Jahel Marulanda de Martínez prestó sus servicios a la administración municipal como maestra de educación no formal, adscrita a la Secretaría de Desarrollo Comunitario que, con anterioridad, se denominaba Secretaría de Higiene y Educación Municipal, Secretaría de Salud, Educación y Bienestar Social, y División de Educación y Cultura.

Se precisó que las vacaciones de dicha empleada las reconocía el FER.

- Certificado AGM-038 del 11 de mayo de 2000³⁶, en el cual el Jefe de Archivo y Correspondencia del Municipio de Manizales indicó que la señora María Jahel Marulanda de Martínez fue nombrada por el alcalde de Manizales mediante Decreto n° 065 del 28 de febrero de 1969, como maestra de educación no formal en la Secretaría de Desarrollo Comunitario.

Precisó que la accionante prestó sus servicios en varias escuelas de nivel de primaria en sectores rurales, entre otras, en las siguientes: escuela de la vereda El Rosario, escuela El Arenillo, escuela de la vereda La Violeta, escuela Los Díaz; todas pertenecientes al Municipio de Manizales.

- Certificado AGM-PJ-042 del 1° de febrero de 2007³⁷, en el cual el jefe del Archivo General del Municipio de Manizales indicó que la señora María Jahel Marulanda de Martínez prestó sus servicios a la administración municipal como profesora nivel de primaria en la Secretaría de Educación e Higiene Municipal, laborando 8 horas diarias en tiempo completo.

³⁴ Página 19 del archivo n° 30 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁵ Página 23 del archivo n° 30 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Página 38 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁷ Página 127 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

Precisó que los aportes a pensión se hicieron al Fondo de Prestaciones Sociales del Municipio de Manizales desde el 11 de marzo de 1969 hasta el 30 de septiembre de 1987, y al ISS a partir del 1º de octubre de 1987 y hasta el 2 de mayo de 1993.

- Formato n° 1 Certificado de Información Laboral³⁸, expedido el 20 de junio de 2016 por el Municipio de Manizales, y en el cual se indica que la señora María Jahel Marulanda de Martínez laboró para dicha entidad territorial en el sector público municipal, como maestra de educación no formal.

Se precisó que los aportes a pensión se hicieron al Fondo de Prestaciones Sociales del Municipio de Manizales desde el 11 de marzo de 1969 hasta el 30 de septiembre de 1987, y al ISS a partir del 1º de octubre de 1987 y hasta el 2 de mayo de 1993.

- c) La señora María Jahel Marulanda de Martínez no registra antecedentes disciplinarios, conforme a certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación el 26 de enero de 2007³⁹.
- d) Según declaraciones juramentadas obrantes en el expediente administrativo⁴⁰, la señora María Jahel Marulanda de Martínez ha laborado al servicio de la educación con idoneidad, honestidad, consagración y buena conducta.
- e) El 17 de agosto de 2016, la señora María Jahel Marulanda de Martínez radicó ante la UGPP solicitud de reconocimiento y pago de pensión gracia⁴¹.
- f) Con Resolución n° RDP 048777 del 23 de diciembre de 2016⁴², la UGPP negó la petición hecha, aduciendo que la señora María Jahel Marulanda de Martínez no se encuentra afiliada como docente en el FOMAG; y que el tiempo laborado al servicio del Municipio de Manizales no podía ser tenido en cuenta, toda vez que la educación no formal no hace parte del ejercicio de la docencia.
- g) Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación⁴³.

³⁸ Página 47 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Página 17 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁰ Páginas 24, 44 y 71 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Páginas 57 a 62 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 64 a 67 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴³ Páginas 27 a 37 del archivo n° 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

- h) A través de Resolución nº RDP 014444 del 5 de abril de 2017⁴⁴, la UGPP resolvió desfavorablemente el recurso interpuesto, reiterando que los tiempos de servicio prestados como maestra de educación no formal no pueden ser tenidos en cuenta para acreditar el tiempo de servicios exigido para el reconocimiento de una pensión gracia.

2. Marco normativo de la pensión gracia

La pensión gracia tuvo su origen con la expedición de la Ley 114 de 1913, que además de crear el derecho, fijó sus parámetros: titulares, tiempo de servicio, edad, requisitos adicionales, cuantía y sujeto obligado a pagarla.

Este beneficio pensional quedó consagrado en los siguientes términos: *“Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley”*.

Según los antecedentes normativos, el propósito de la pensión gracia fue compensar los bajos niveles salariales que percibían los profesores de primaria de las entidades territoriales, en comparación con las asignaciones que recibían los docentes vinculados directamente con la Nación. Tal diferencia surgió ya que con la Ley 39 de 1903, como se indicó anteriormente, la educación pública primaria estaba en cabeza de los municipios o departamentos, mientras que la secundaria se encontraba a cargo de la Nación.

Como pensión vitalicia especial que es, la pensión gracia está sujeta a los condicionamientos que al respecto establezcan las normas, particularmente en lo relacionado con los requisitos, cuantía, la posibilidad de acumular servicios prestados en distintas épocas y la autoridad encargada de verificar el cumplimiento de aquellos requisitos.

De conformidad con el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, para gozar de la gracia de la pensión, es preciso que el interesado compruebe:

1. *Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*
2. *Derogado por la Ley 45 de 1931.*
3. *Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de*

⁴⁴ Páginas 48 a 52 del archivo nº 28 del cuaderno 1 del expediente digital.

carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

4. *Que observa buena conducta.*

5. *Derogado por la Ley 45 de 1931.*

6. *Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.*

Como se observa, el numeral tres del artículo 4 de la citada ley prescribe que para gozar de la pensión gracia es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Esta disposición ha sido interpretada por el Consejo de Estado, indicando reiterativamente que la misma comporta de manera inequívoca, “(...) que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales. (...)”⁴⁵.

Así pues, existe incompatibilidad legal entre la pensión gracia y otra pensión de carácter nacional, tal como lo contempla el requisito previsto en el numeral 3 de la norma citada, frente al cual se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 1998⁴⁶.

Con ocasión de la expedición de la Ley 116 de 1928, se extendió el beneficio de la pensión gracia contemplada en la Ley 114 de 1913 a los empleados y docentes de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública (artículo 6), autorizándolos a sumar los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, a fin de completar el tiempo que requerían para acceder a la pensión aludida. Para tal efecto, asimiló la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

Al remitir dicha norma a la Ley 114 de 1913, se entiende que dejó incólume

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Sentencia S-699 del 26 de agosto de 1997. Actor: Wilberto Therán Mogollón.

⁴⁶ En dicha providencia, la Corte sostuvo: “En cuanto al aparte acusado del numeral 3 del artículo 4º de la Ley 114 de 1913, que consagra como requisito para gozar de la pensión de gracia el no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, no encuentra la Corte que viole la Ley Suprema, concretamente el principio de igualdad, pues el legislador, en virtud de las facultades que la misma Carta le confiere, es competente para regular los aspectos relativos a la pensión, incluyendo, obviamente, las condiciones para acceder a ella (...)”.

la exigencia de no recibir otra pensión de carácter nacional para poder acceder a la pensión gracia, es decir, mantuvo la prohibición establecida en la Constitución de 1886 de recibir doble asignación del erario; limitación ésta que también quedó consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política actual.

Posteriormente, con la Ley 37 de 1933 el beneficio gratuito de la pensión gracia de jubilación se hizo extensivo a los maestros de escuela que hubieren completado el tiempo de servicios señalado por la ley en establecimientos de enseñanza secundaria (artículo 3). Dicha norma no introdujo tampoco modificaciones a las condiciones establecidas en las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928.

A raíz del proceso de nacionalización de la educación ordenado por la Ley 43 de 1975 y que debía culminar el 31 de diciembre de 1980, los profesores de primaria y secundaria quedaron vinculados a la Nación, y ya no existirían diferencias salariales entre los distintos docentes del sector oficial.

Finalmente, la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, numeral 2, literal a), limitó la vigencia temporal del derecho al reconocimiento de la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales⁴⁷.

En la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 11 de agosto de 2022 ya referida en esta providencia⁴⁸, se fijó la siguiente regla en cuanto al entendimiento que debe otorgarse al artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989 para efectos de reconocer la pensión gracia: *“Los docentes pueden acceder a la pensión gracia antes y después del 29 de diciembre de 1989, siempre y cuando acrediten una vinculación territorial o nacionalizada con antelación al 31 de diciembre de 1980 y cumplan con los demás requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento”*.

En resumen, de conformidad con las leyes antes citadas, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores

⁴⁷ (...) *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación.*

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia SUJ-030-CE-S2-2021 del 11 de agosto de 2022. Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00278-01(3018-2017).

de instrucción pública, y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, que cumplieran los siguientes requisitos: **i)** estar vinculados antes del 31 de diciembre de 1980; **ii)** haber prestado sus servicios en planteles municipales, departamentales o distritales, esto es, no tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional⁴⁹; **iii)** acreditar servicios por un término no menor a 20 años; **iv)** tener 50 años de edad; y **v)** haber desempeñado su labor con honradez, consagración y buena conducta.

Ahora bien, en lo que se refiere a la liquidación de la pensión gracia, debe acudirse a lo previsto por el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, pues ésta no discriminó ninguna pensión de las percibidas por los servidores oficiales, y sobre el particular, dispuso:

A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

La ley aludida fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, cuyo artículo 5, modificado por el artículo 1º del Decreto 2025 de 1966, estableció que las pensiones serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de los salarios devengados, durante el último año de servicios.

⁴⁹ En sentencia del 19 de julio de 2006 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado (E), dentro del proceso radicado con el número: 19001-23-31-000-1997-08005-01(1134-01), se señaló:

La Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 4º de la misma, una pensión Nacional por servicios prestados a los departamentos y municipios, siempre y cuando comprobaran que "... no han recibido ni reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter Nacional."

Dicha pensión en principio establecida para los maestros de enseñanza primaria oficiales, fue extendida por la Ley 116 de 1928 a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los Inspectores de Instrucción Pública.

Más adelante se hizo extensiva mediante la Ley 37 de 1933 a los maestros que hubieran completado los servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

En resumen, de conformidad con las Leyes antes citadas, han tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, prestación a la que, a partir de las precisiones que se hicieron por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de agosto de 1997, dictada en el proceso No. S-699 de la cual fue ponente el Magistrado Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sólo acceden aquellos docentes que hubieran prestado los servicios en planteles municipales, distritales o departamentales. No tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional."

En punto a los factores a tener en cuenta, en sentencia de unificación del 21 de junio de 2018⁵⁰, el Consejo de Estado indicó que estarían constituidos por todas las sumas que habitual y periódicamente recibiera el trabajador como contraprestación por su labor.

3. La profesión docente, la educación para el trabajo y el desarrollo humano (no formal) y la educación informal

En lo que respecta al ejercicio de la profesión docente y a la forma de determinar la calidad de tal, se expidió el Decreto 2277 de 1979, el cual preceptúa:

ARTICULO (sic) 2o. PROFESION (sic) DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

ARTICULO (sic) 3o. EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial, que una vez posesionados, quedan vinculados a la Administración por las normas previstas en este Decreto. (Líneas fuera de texto).

La Ley 115 de 1994 en su artículo 2º definió el servicio educativo, así:

ARTÍCULO 2o. SERVICIO EDUCATIVO. El servicio educativo comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, la educación no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 21 de junio de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04683-01(3805-14)CE-SUJ2-011-18

ARTÍCULO 12. ATENCIÓN DEL SERVICIO. *El servicio público educativo se atenderá por niveles y grados educativos secuenciados, de igual manera mediante la educación no formal y a través de acciones educativas informales teniendo en cuenta los principios de integralidad y complementación. (Subraya la Sala).*

La misma norma estableció los parámetros centrales de la educación no formal e informal:

ARTÍCULO 36. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN NO FORMAL. *La educación no formal es la que se ofrece con el objeto de complementar, actualizar, suplir conocimientos y formar, en aspectos académicos o laborales sin sujeción al sistema de niveles y grados establecidos en el Artículo 11 de esta Ley.*

ARTÍCULO 37. FINALIDAD. *La educación no formal se rige por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley. Promueve el perfeccionamiento de la persona humana, el conocimiento y la reafirmación de los valores nacionales, la capacitación para el desempeño artesanal, artístico, recreacional, ocupacional y técnico, la protección y aprovechamiento de los recursos naturales y la participación ciudadana y comunitaria.*

ARTÍCULO 38. OFERTA DE LA EDUCACIÓN NO FORMAL. *En las instituciones de educación no formal se podrán ofrecer programas de formación laboral en artes y oficios, de formación académica y en materias conducentes a la validación de niveles y grados propios de la educación formal, definidos en la presente Ley.*

Para la validación de niveles y grados de la educación formal, el Gobierno Nacional expedirá la reglamentación respectiva.

Las instituciones de educación para el trabajo y desarrollo humano que decidan ofrecer programas de idiomas deberán obtener la certificación en gestión de calidad, de la institución y del programa a ofertar, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos establecidos en las normas jurídicas vigentes para el desarrollo de programas en este nivel de formación.

Todas las entidades del Estado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o territorial, sólo podrán contratar la enseñanza de idiomas con organizaciones que cuenten con los certificados de calidad previstos en el presente artículo.

(...)

ARTÍCULO 41. FOMENTO DE LA EDUCACIÓN NO FORMAL. *El Estado, apoyará y fomentará la educación no formal, brindará oportunidades*

para ingresar a ella y ejercerá un permanente control para que se ofrezcan programas de calidad.

ARTÍCULO 42. REGLAMENTACIÓN. *La creación, organización y funcionamiento de programas y de establecimientos de educación no formal y la expedición de certificados de aptitud ocupacional, se regirá por la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*

PARÁGRAFO. *El tiempo de servicio que presten los docentes en los Centros de Educación de Adultos, es válido para ascenso en el Escalafón Nacional Docente, siempre y cuando reúna los requisitos del Decreto-ley 2277 de 1979.*

(...)

La expresión “*educación no formal*” de la norma en cita, fue reemplazada en el artículo 1º de la Ley 1064 de 2006 por la expresión “*Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano*”, precisando no sólo que ésta constituye un factor esencial del proceso educativo de la persona y componente dinamizador en la formación de técnicos laborales y expertos en las artes y oficios, sino también que hace parte integral del servicio público educativo y no puede ser discriminada.

En lo que refiere a la posibilidad de computar el tiempo desempeñado al servicio de la educación no formal para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, teniendo en cuenta que el mismo implica el ejercicio de la actividad docente en los términos del Estatuto Docente, en sentencia del 1º de febrero de 2007⁵¹, reiterada en providencia del 7 de marzo de 2013⁵², el Consejo de Estado sostuvo: “*De lo anterior se deduce que la educación para adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, por lo que los educadores oficiales que prestan allí sus servicios en sus diferentes niveles o modalidades (alfabetización, educación básica, educación media. (sic) etc (sic), incluyendo los cargos relativos a funciones distintas a la estrictamente educativa, según voces del inciso segundo del artículo 2º del comentado Decreto 2277 de 1979) están cobijados enteramente por el Estatuto Docente*”.

Dicha postura fue mantenida en sentencia del 2 de julio de 2015⁵³, en la que

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García. Sentencia del 1º de febrero de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03755-01(8533-05).

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00794-01(1255-12).

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 2 de julio de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01300-01(0218-14).

además el Consejo de Estado acotó: “(...) los tiempos de servicio como profesor de enseñanza media se deben tener en cuenta para efectos de realizar el reconocimiento de la pensión gracia, pues se privilegia la naturaleza docente del cargo dentro los diferentes niveles que hacen parte el sistema ejecutivo, la vinculación de carácter territorial y que dicha vinculación se haya dado con anterioridad al 31 de diciembre de 1980”.

En providencia del 11 de abril de 2018⁵⁴, el Consejo de Estado precisó que: “Conforme a la perceptiva transcrita [el artículo 2 del Decreto Ley 2277 de 1979], la profesión docente no se predica exclusivamente de quienes ejercen la enseñanza en los planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles, sino incluye otros distintos que son desempeñados por personal docente que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación, entre otros, como lo determina la norma y siempre que autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional”.

4. Examen del caso concreto

En el presente asunto, la UGPP consideró que a la demandante no le asiste derecho a obtener la pensión gracia, en tanto los tiempos de servicio fueron prestados en la modalidad de educación no formal, por lo que, en su criterio, no son susceptibles de ser tenidos en cuenta para el cómputo requerido. Por su parte, la accionante asegura que, además de que su vinculación fue municipal, el tiempo servido encaja en la denominación de la profesión docente y hace parte del sistema de educación y, por ello, debe computarse para el reconocimiento de la pensión gracia.

Atendiendo lo previsto por las normas referidas en este fallo, se recuerda que para efectos del reconocimiento del derecho pensional reclamado se requiere: **i)** haber estado vinculado a la docencia antes del 31 de diciembre de 1980; **ii)** haber cumplido 50 años de edad; **iii)** haber laborado 20 años en establecimientos oficiales departamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspector de instrucción pública con alguna posibilidad de adicionar tiempos en uno y otro cargo, siempre y cuando su nombramiento se hubiere efectuado por una entidad de orden territorial o que hubiere quedado comprendido el interesado en el proceso de nacionalización⁵⁵; y **iv)** haber observado buena conducta.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortes. Sentencia del 11 de abril de 2018. Radicación número: 05001-23-33-000-2015-00532-01(2539-17).

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 12 de mayo de 2014. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00727-01.

Adicional a lo anterior, la educación no formal hace parte del servicio público educativo, de manera que los tiempos de servicio en esa modalidad deben tenerse en cuenta para efectos de analizar la procedencia del reconocimiento de la pensión gracia.

Pasa pues la Sala a establecer si en el caso concreto la señora María Jahel Marulanda de Martínez cumple los requisitos para acceder a la pensión gracia que reclama:

- i) Según consta en el expediente, la accionante se encontraba vinculada a la docencia antes del 31 de diciembre de 1980, teniendo en cuenta que fue nombrada el 28 de febrero de 1969 por el alcalde de Manizales.
- ii) Así mismo, se encuentra establecido que la señora María Jahel Marulanda de Martínez nació el 14 de abril de 1928 y, por ende, cumplió 50 años de edad el 14 de abril de 1978. Lo anterior significa que para cuando elevó la última solicitud de reconocimiento del derecho pensional (17 de agosto de 2016), ya contada con los 50 años de edad requeridos.
- iii) En lo que respecta al tiempo de servicio, se observa que para el 17 de agosto de 2016, fecha en la cual la parte actora elevó la última solicitud de reconocimiento del derecho pensional, había laborado como docente durante 24 años, 1 mes y 22 días, superando con creces los 20 años de servicio requeridos.

Teniendo en cuenta que la norma no sólo exige el cumplimiento de 20 años de servicio en la docencia oficial, sino que éstos deben ser prestados en planteles municipales, departamentales o distritales, el Tribunal analizará a continuación si este presupuesto también se acreditó en el expediente.

Debe precisar la Sala de Decisión que la calidad de docente territorial no se adquiere por la prestación del servicio en entidades territoriales geográficamente hablando, sino por el tipo de vinculación a establecimientos del orden territorial. Sobre el particular, el Consejo de Estado⁵⁶ sostuvo:

Aclara la Sala, que el carácter territorial o nacional de los

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 11 de febrero de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02850-01(3051-13).

nombramientos docentes, no lo determina la ubicación del plantel educativo en donde se presten los servicios, como parece creerlo el impugnante, sino el ente gubernativo que en efecto profiere dicho acto, lo que a su vez define la planta de personal a la que pertenecen y el presupuesto de donde proceden los pagos laborales respectivos.

Significa lo anterior, que en el presente caso la demandante no reúne los requisitos establecidos legalmente para beneficiarse de la pensión gracia, pues como ya se dijo, los 20 años de servicio exigidos en las normas que gobiernan dicha prestación, deben ser prestados en su totalidad bajo vinculación territorial o como nacionalizados, en virtud de la Ley 43 de 1975, más no como docentes nacionales, en razón de la incompatibilidad que subsiste frente al pago simultáneo de la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación a cargo de la Nación, lo que sin duda alguna motivó la negativa del a quo frente a las pretensiones elevadas, consecuencia que impone para la Sala la confirmación del fallo apelado. (Resalta la Sala).

Dentro de las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 21 de junio de 2018⁵⁷, se encuentran las siguientes:

*v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la **junta administradora del respectivo fondo educativo regional** y asimismo, este último, certifica la vacancia del cargo junto con la disponibilidad presupuestal⁵⁸; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.*

*vi) **Prueba de calidad de docente territorial.** Se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.*

*vii) **Origen de los recursos de la entidad nominadora.** Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía*

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 21 de junio de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04683-01(3805-14)CE-SUJ2-011-18

⁵⁸ Cita de cita: Artículo 73 (numerales 8 y 15) del Decreto 525 de 1990.

directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas —situado fiscal— cuando se sufragaban los gastos a través de los fondos educativos regionales; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del situado fiscal, hoy sistema general de participaciones. (Negrilla es del texto).

Revisado el acto de nombramiento de la señora María Jahel Marulanda de Martínez, esto es, el Decreto n° 065 del 28 de febrero de 1969, se observa que el mismo fue expedido por el entonces Alcalde del Municipio de Manizales, para que la señora María Jahel Marulanda de Martínez se desempeñara como profesora de corte y costura adscrita a la Secretaría de Higiene y **Educación Municipal**.

Adicionalmente, conforme se indicó en el Certificado AGM-038 del 11 de mayo de 2000 expedido por el Jefe de Archivo y Correspondencia del Municipio de Manizales, con ocasión de dicho nombramiento, la accionante prestó sus servicios como profesora de corte y costura en varias escuelas de nivel de primaria en sectores rurales; todas pertenecientes a la entidad territorial.

La naturaleza de las escuelas de la vereda El Rosario, El Arenillo, de la vereda La Violeta y Los Díaz, como instituciones educativas oficiales rurales adscritas en la actualidad al Municipio de Manizales, quedó confirmada en el Oficio n° SEM UAF - 564 del 5 de mayo de 2023, con el cual el Municipio de Manizales respondió la prueba de oficio decretada en este asunto.

Así las cosas, en criterio de este Tribunal, el nombramiento de la demandante no provino de la Nación sino del Municipio de Manizales, debiendo entonces descartarse una vinculación nacional.

En ese sentido, la Sala de Decisión estima que la parte actora cumple también con este requisito para acceder al beneficio pensional que reclama.

En este punto, el Tribunal considera necesario precisar lo siguiente:

- En sentencia del 16 de octubre de 2020⁵⁹, el Consejo de Estado sostuvo que: *“En efecto, las leyes reguladoras de la pensión gracia, tales*

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortes. Sentencia del 16 de octubre de 2020. Radicación número: 70000-23-33-000-2013-00064-02(2219-17).

como la 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, plasmaron los requisitos que se deben reunir para acceder a la prestación pensional y quienes están cobijados bajo estas normas; sin embargo, no contemplaron a los docentes de educación no formal, pues a ellos les es aplicable el régimen general reglado en los artículos 10, 11, 36 y 37 de la Ley 115 de 1994". Estimó en ese caso que el tiempo de servicio certificado era incompatible, "(...) en atención a que con ellos se acreditó fue el ejercicio (sic) la docencia en Instituciones de Educación No formal (Escuela de Bellas Artes), hoy Educación para el Trabajo y Desarrollo Humano. Sumado, a que los periodos laborados, no son computables para cumplir el requisito de la prestación graciosa en cuanto al ejercicio de la profesión docente en el sector territorial por 20 años".

No obstante lo anterior, la Sala advierte que en aquel pronunciamiento, el Consejo de Estado analizó la procedencia de tener como tiempo de servicio válido para obtener el reconocimiento de la pensión gracia, el prestado en instituciones educativas **ajenas** a las secretarías de educación territoriales, lo cual, como se vio, no sucede en este caso.

Adicionalmente, la Sala discrepa de la afirmación referente a que como los docentes de educación no formal no quedaron contemplados en la Ley 114 de 1913 y en las normas que la modificaron, los tiempos de servicio prestados en esa modalidad no pueden ser tenidos en cuenta. Lo anterior, por cuanto sería desconocer sin justificación la jurisprudencia que sobre el tema ha manejado ese Alto Tribunal, y además el alcance del servicio público educativo y de la profesión docente, en la que se incluyen labores de capacitación educativa, como en este caso.

- En un asunto similar al aquí debatido, en el que se solicitó reconocimiento y pago de una pensión gracia para una maestra de educación no formal que desempeñó labores de corte y costura⁶⁰, el Consejo de Estado resolvió finalmente negar las pretensiones, pues consideró que "(...) *no se encuentra demostrado que la accionante se haya desempeñado como docente municipal de primaria, puesto que no se hace referencia al centro educativo en el cual desempeñó tal función, lo cual desconoce el requisito según el cual el maestro debe haber prestado sus servicios en planteles departamentales, distritales o municipales, por el contrario, se evidencia que esta cumplió sus labores, si*

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00572-01(2629-15).

bien adscrita a la alcaldía de Manizales, en programas de desarrollo social a la comunidad, los cuales se llevaban a cabo en el sector o comunidad que se le asignara, es decir, no hizo parte de una institución educativa oficial, razón por la que no está vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” (resalta el Tribunal).

Estima esta Corporación que, contrario a lo acontecido en el referido fallo, en este proceso fue debidamente acreditado mediante el Certificado AGM-038 del 11 de mayo de 2000, expedido por el Jefe de Archivo y Correspondencia del Municipio de Manizales, así como con el Oficio nº SEM UAF - 564 del 5 de mayo de 2023, que la señora María Jahel Marulanda de Martínez se desempeñó como maestra de educación no formal en varias escuelas de nivel de primaria en sectores rurales, tales como las escuelas de la vereda El Rosario, de El Arenillo, de la vereda La Violeta, y de Los Díaz; todas instituciones oficiales pertenecientes al Municipio de Manizales.

Adicionalmente, en criterio del Tribunal, para el reconocimiento de la prestación reclamada ninguna incidencia tiene el hecho que la señora María Jahel Marulanda de Martínez no estuviera vinculada al FOMAG, pues este fondo no sólo se creó a partir del 29 de diciembre de 1989, cuando la demandante ya había completado más de 20 años como docente de educación no formal, sino que además el reconocimiento pensional no es competencia de aquel sino de la UGPP, sucesora de la extinta CAJANAL.

- iv) Finalmente, según el certificado de antecedentes disciplinarios obrante en el expediente y atendiendo las declaraciones juramentadas allegadas al proceso, se infiere que la demandante ha desempeñado su labor con honradez, consagración y buena conducta.

De conformidad con lo expuesto, es claro para el Tribunal que la señora María Jahel Marulanda de Martínez demostró plenamente los requisitos exigidos por la ley para que le sea reconocida la pensión gracia; derecho que se causó a partir del 11 de marzo de 1989, si se tiene en cuenta que para esta fecha ya había cumplido los 50 años de edad y completó 20 años de servicio.

5. Sobre la condena en costas en primera instancia

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas impuesta, este Tribunal considera

necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado⁶¹, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁶² y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP⁶³, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁶⁴ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁶⁵.

La condena en costas, para la época en la cual se profirió la sentencia objeto de apelación, se encontraba regulada en el artículo 188 del CPACA con el siguiente tenor:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas,*

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁶² Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁶³ Cita de cita: "[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]"

⁶⁴ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁶⁵ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto"

cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La remisión contemplada por el CPACA debe entenderse hecha, en la actualidad, al artículo 366 del Código General del Proceso (CGP)⁶⁶.

La Sección Primera del Consejo de Estado ha aclarado que si bien “(...) una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales”⁶⁷.

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶⁸ se señaló que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación⁶⁹, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

⁶⁶ En adelante, CGP.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicado: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁷⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto se observa que la Juez de primera instancia condenó en costas a la parte demandada, manifestando que las mismas se habían causado, específicamente las agencias en derecho, toda vez que la accionante otorgó poder a un abogado que ejerció su representación judicial en el proceso.

Siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, encuentra esta Corporación que los gastos o expensas en los que eventualmente incurrió la parte demandante con ocasión de este proceso no se encuentran acreditados en el expediente, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Situación distinta se predica en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), pues en sentir de

⁷⁰ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

esta Sala de Decisión, su imposición se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la parte accionante fue representada judicialmente por profesionales del derecho que intervinieron activamente en todas las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo presentaron la demanda, sino que asistieron a las audiencias inicial y de pruebas.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas a la parte accionada, únicamente en lo que respecta a las agencias en derecho, cuyo monto se mantendrá por no haber sido objeto de discusión en el recurso de apelación.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la señora María Jahel Marulanda de Martínez le asiste derecho a que le sea reconocida pensión gracia. Adicionalmente, se observa que la condena en costas por concepto de agencias en derecho sí se encuentra justificada. En ese sentido, habrá de confirmarse la sentencia del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Costas

Atendiendo lo previsto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no está probada la causación de las mismas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Jahel Marulanda de Martínez contra la UGPP.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

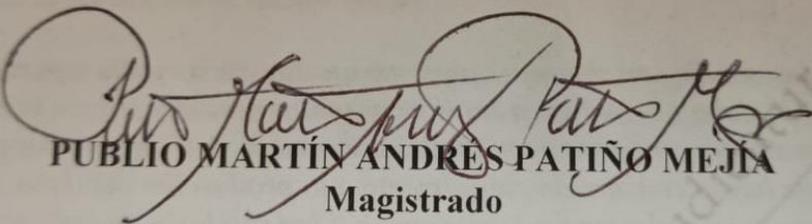
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

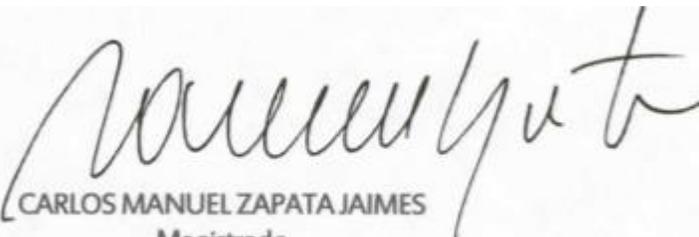
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 189

FECHA: 25/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

17001333300320190057602.

Defensa de los derechos e intereses colectivos

Carlos Andres Diez Vargas Vrs Constructora Engenium y Otros

Auto de sustanciación n° 278

Fija fecha sorteo de conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Publio Martín Andres Patiño Mejía-
Presidente Tribunal Administrativo de Caldas

Manizales, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

A través del auto de 5 de octubre de 2023, el Consejo de Estado aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación para conocer este medio de control y, paso ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces de esta Corporación.

En consecuencia, **FIJESE** el día **LUNES TREINTA (30) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRES (2023)** a las **ONCE DE LA MAÑANA (11:00 a.m)**, diligencia de sorteo de conjueces, que se llevará a cabo a través de la plataforma -Teams-.

Notifíquese y Cúmplase.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a light grey background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante: Mineros Nacionales SAS
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Caldas -
Corpocaldas
Radicación: 17-001-33-39-751-2015-00125-02
Sentencia: 145

Manizales, veintitrés (23) de octubre dos mil veintitrés (2023).

Proyecto revisado y aprobado en sala de la presente fecha.

Síntesis: Las infracciones ambientales se dan por las siguientes conductas principales: *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS* sin daño ambiental o *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*, o por ambas. Mineros Nacionales pretende la nulidad de los actos que impusieron una multa ambiental. La sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones, porque Corpocaldas formuló cargos con base en una conducta de *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS* y tasó la multa como una *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*, sumado a que no dio traslado de un informe técnico decretado como prueba. Corpocaldas apeló porque la demanda no formuló el cargo que encontró probado el juzgado, y los informes técnicos no son un medio de prueba. La Sala confirma la sentencia, porque Corpocaldas sí incurrió en una errónea tasación de la multa, y en este específico caso el informe técnico sí constituía un medio de prueba, el cual debía dársele traslado, y particularmente constituyó una irregularidad grave, según la filosofía impuesta por el CPACA a los trámites sancionatorios ambientales.

Asunto

§01. Ante la Sala se encuentra el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** contra la sentencia proferida el 23 de mayo del 2018 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la **SOCIEDAD MINEROS NACIONALES S.A.** – en adelante *MINEROS NACIONALES*, en contra de la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS** -en adelante *CORPOCALDAS*, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§02. Se pretende la nulidad de las resoluciones 704 del 6 de junio del 2014 y 1267 del 7 de noviembre de 2013, expedidas por Corpocaldas, que en sedes administrativa y de reposición impusieron multa a la sociedad Mineros Nacionales SA, por infracciones ambientales

§03. En restablecimiento del derecho la demandante pretende: **(i)** se le absuelva del pago de la multa de \$95.874.504, para que sea devuelta la suma en forma indexada; **(ii)** se ordene a Corpocaldas el pago de perjuicios por concepto del buen nombre por 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes – en adelante *SMLMV*; **(iii)** el retiro del nombre de la sociedad accionante del Registro Único de Infractores Ambientales RUIA; y, **(iv)** la condena en costas.

§04. Como pretensión subsidiaria formuló que se declare la nulidad parcial del acto demandado frente a la tasación de la multa.

§05. En los hechos la demanda describió: **(i)** por la Resolución 0496 del 29 de octubre de 2001 Corpocaldas aprobó el *Plan de Manejo Ambiental* presentado por Mineros Nacionales para la "Mina La Maruja"; **(ii)** el 22 de octubre de 2012 Corpocaldas encontró que Mineros Nacionales hacía disposición de residuos sólidos en contra del plan de manejo y le requirió para que cumpliera unas recomendaciones-; **(iii)** Corpocaldas por el auto 754 del 9 de julio de 2012 inició un procedimiento sancionatorio por el manejo inadecuado de residuos; **(iv)** luego, la corporación formuló cargos por supuesta infracción normativa al artículo 2º de la resolución que aprobó el plan de manejo; **(v)** en el trámite no se dio oportunidad para alegar; **(v)** por la Resolución 704 del 6 de junio de 2014 Corpocaldas declaró responsable a Mineros Nacionales y le impuso una multa de \$95.874.504 por haber incurrido en actos de contaminación; **(vii)** la accionante presentó recurso de reposición, por lo cual Corpocaldas decretó como prueba un informe técnico acerca de la sanción a imponer; **(viii)** de dicho informe no se dio traslado a la demandante; y, **(ix)** la sanción fue confirmada por la Resolución 1267 del 7 de noviembre de 2014.

§06. La accionante consideró como normas violadas los artículos 1, 2 y 29 de la Constitución Política; 3, 19 y 24 de la Ley 1333 de 2009; 3, 5, 9, 10, 34, 40, y 305 del Decreto 3678 de 2010.

§07. La demanda formuló los siguientes cargos de nulidad por violación al debido proceso, los derechos de contradicción, defensa, audiencia e ilegalidad de la prueba:

§07.1. **Indebida formulación de cargos**, porque Corpocaldas formuló los cargos sin indicar claramente las acciones u omisiones adecuadas típicamente a una contaminación ambiental.

§07.2. **Violación al principio de congruencia**, pues los cargos contra la sociedad se formularon por *VIOLACIÓN NORMATIVA* de la resolución que aprobó el plan de

¹ (fs. 29 a 36 c. 1)

manejo, pero la multa se tasó con fundamento en una *CONDUCTA DE CONTAMINACIÓN*.

§07.3. **Ausencia del traslado del informe técnico** decretado como prueba para decidir el recurso de reposición contra la resolución que impuso la multa.

§07.4. **Falta de valoración de pruebas**, en razón que los actos sancionatorios solo transcribieron los informes técnicos que lo sustentaron, sin valorarlos.

§07.5. **Omisión del traslado de alegar**, ya que en el trámite no se dio oportunidad para alegar al vencimiento del término probatorio – art. 48 CPACA.

§07.6. **Errónea tasación de la multa**, según lo previsto en la Resolución 2080 de 2010 del ministerio de ambiente, en los siguientes aspectos: **(i)** se tomó en cuenta el salario mínimo vigente en 2014, y no del 2012 cuando se habría incurrido en el hecho sancionado; **(ii)** la corporación elevó la multa por considerar como *costos evitados* los momentos de las inversiones de Mineros Nacionales que es una mediana empresa, en contra de lo dispuesto en el artículo 2º ídem; y, **(iii)** no existió proporcionalidad y razonabilidad en la tasación de la multa, que fue excesiva por \$95.874.504 frente a las conductas investigadas.

1.2. Contestación de la demanda²

§08. La corporación se opuso a la totalidad de las pretensiones y sobre los hechos admitió el contenido de los actos administrativos que ordenaron la sanción.

§09. Expresó que los actos atacados se expidieron conforme al procedimiento sancionatorio, como también se garantizaron los derechos al debido proceso y de defensa.

§10. **Sobre la violación del derecho al debido proceso y de defensa**, la corporación adelantó el proceso sancionatorio conforme a las ritualidades legales, en consonancia con el artículo 137 del CPACA.

§11. **Con relación a la indebida formulación de cargos**, la entidad insistió que fueron debidamente enunciados, en tanto se indicaron las conductas encontradas en la primera visita técnica que evidenció el incumplimiento del Plan de Manejo Ambiental por el manejo de residuos sólidos.

§12. **En cuanto a la violación al principio de congruencia**: en el pliego de cargos formulados en el proceso se hizo referencia a las acciones dañinas en que incurrió la demandante, las que se adecuan a la conducta definida legalmente como “*Contaminación del suelo y del agua con lixiviados, metales pesados y bencénicos, malos olores y proliferación de vectores*”.

§13. **Referente a la violación al debido proceso, al derecho de contradicción, de defensa y de audiencia, como a la ilegalidad de la prueba**, se aclaró que en los procesos sancionatorios ambientales los informes y vistas técnicas se prevén en el

² Proceso físico fls. 286-319, c1.

artículo 22 de la Ley 1333 de 2009 como actuaciones para llevar a la certeza de los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios. Por lo que no se le aplica la normatividad de los dictámenes periciales. Además, en los procesos sancionatorios administrativos, una vez cesa el plazo probatorio se decide de plano, sin traslado de los informes, como lo ilustró el Consejo de Estado para las sanciones en materia sanitaria- art. 209 D.1594/1984.

§14. **En torno a la falta de valoración de la prueba**, la entidad explicó que se realizaron las evaluaciones de las pruebas practicadas en cuanto a la multa a imponer como a las circunstancias de atenuación de la conducta.

§15. **Frente a la omisión de traslado para alegar**, la demandada precisó que en el proceso sancionatorio no es viable dar aplicación al artículo 47 del CPACA, sino el procedimiento de la Ley 1333 de 2009. Además, el actor pudo presentar el recurso de reposición contra el acto sancionatorio que suple dichos alegatos.

§16. **Con referencia a la infracción de las normas en que debía fundarse por errónea tasación de la multa, como por la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción**, Corpocaldas precisó que la estimación de las multas se efectúa conforme las fórmulas previstas en la Resolución 2086 de 2010 y el artículo 40 de Ley 1333 de 2009, teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente. Además, los costos evitados por el accionante eran aquellos beneficios ilícitos que reportaba por la inadecuada disposición de residuos.

1.3. La sentencia apelada³

§17. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia, accediendo a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: DECLARAR no probados los medios de defensa propuestos por la entidad demandada, según lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución número 704 del 6 de junio de 2014, y de la Resolución 1267 del 7 de noviembre de 2014 expedidas por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la demandada a la devolución de la sanción impuesta a la demandante, sumas que deberán indexarse conforme al artículo 187 de CPACA, es decir actualizarse mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.”

§18. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, el juzgado determinó los siguientes problemas jurídicos:

“¿Los actos administrativos demandados cumplieron con los requisitos dispuestos por la Ley 1333 de 2009 y la Resolución 2086 de 2010 para la imposición de las sanciones ambientales?”

³ fs. 384-399 c.1.1.

¿Los actos administrativos demandados incurrieron en infracción de normas en que debían fundarse, violación al debido proceso y específicamente desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa?

§19. El juzgado analizó el procedimiento administrativo sancionatorio ambiental, según la Ley 1333 de 2010, como los criterios y métodos para imponer sanciones previstos en las resoluciones 3678 de 2010 y 2086 de 2010 del ministerio de ambiente.

§20. El juzgado estudió los siguientes argumentos de la nulidad como pasa a relacionarse:

§20.1. **No encontró probada la indebida formulación de los cargos**, porque las conductas investigadas fueron señaladas al inicio de los trámites, como en la formulación de cargos. Y la norma infringida citada fue el artículo 2° de la Resolución 496 de 2001 – Plan de Manejo-, que tiene relación con la vulneración del artículo 24 de la Ley 1333 de 2009.

§20.2. **Se encontró violado el principio de congruencia**, debido a que la formulación de cargos se hizo por la *INFRACCIÓN DE UNA NORMA*, el artículo 2° de la Resolución 496 de 2001 que aprobó el plan de manejo ambiental. Pero la tasación de la multa se calculó como una *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*.

§20.3. **Se halló demostrada la violación del debido proceso por la falta del traslado del informe técnico** que se decretó como prueba en instancia del recurso de apelación en contra de la resolución que impuso la multa, y no se hizo su traslado para la debida contradicción de la prueba, antes de que se profiriera la resolución que confirmó la multa.

1.4.El recurso de apelación de Corpocaldas⁴

§21. Corpocaldas solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, conforme a los siguientes raciocinios:

§22. **La declaratoria de nulidad de los actos acusados con base en un cargo no formulado en la demanda:** la apelante señala que el juzgado analizó un aspecto que no fue expuesto en la demanda, cual es, tasarse la multa en contra de Mineros Nacionales con base en una *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL* y no en la *INFRACCIÓN DE UNA NORMA*, que son dos métodos distintos.

§23. **La incongruencia entre los cargos formulados y la sanción impuesta es inexistente, en tanto existió absoluta coherencia desde el inicio del proceso sancionatorio y hasta el acto definitivo en señalar las afectaciones surgidas del incumplimiento del plan de manejo del licenciamiento ambiental.** La apelante señaló que la sentencia había establecido que ni la formulación de cargos como los actos demandados identificaron el daño ambiental con sus elementos del daño, el hecho

⁴ (fs. 404-422 c1.1.

generador y el nexo causal. Pero realmente en el trámite sancionatorio si se identificaron los daños ambientales en que incurrió Mineros Nacionales al hacer una disposición inadecuada de residuos.

§24. La sentencia recurrida se aísla de manera clara y sin ningún sustento de los precedentes judiciales pacíficos y reiterados de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de rigurosidad de aplicación del principio del debido proceso en materia administrativa sancionatoria, procediendo sin tenerlos en cuenta, a establecer una garantía que no se encuentra establecida en norma legal aplicable al asunto. Al respecto Corpocaldas insistió en los argumentos de la contestación de la demanda, en cuanto a que los informes y visitas técnicas no son motivo de contradicción probatoria. En efecto, el artículo 22 de la Ley 1333 de 2009, prevé dichos informes como actuaciones para dar certeza de los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios. Por lo que no se le aplica el traslado de los dictámenes periciales.

1.5. Actuación de Segunda instancia

§25. Admitido el recurso de apelación se ordenó correr traslado de alegatos donde las partes intervinieron y el ministerio público no presentó concepto.

§26. **La demandante⁵:** Consideró que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, con base en los cargos presentados en la demanda.

§27. **El demandando⁶:** Insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§28. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁷.

§29. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de

⁵ Fls. 36-38, c5

⁶ Fls.9-35, c5

⁷ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

*manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”*⁸

2.2. Hechos relevantes acreditados

§30. La Resolución 0496 del 29 de octubre de 2001 de Corpocaldas aprobó el plan de Manejo Ambiental a la Mineros Nacionales para el proyecto la *Mina la Maruja* en el municipio de Marmato- Caldas⁹. En el artículo 2º indicó que, para el correcto cumplimiento del plan, en el numeral 10 el solicitante se comprometía a unas conductas para el manejo de residuos.

§31. Corpocaldas, a través de la Subdirección de Recursos Naturales, expidió el informe técnico SRN 500-13 del 6 de septiembre de 2012, sobre la visita realizada el 14 de agosto de 2012 para seguimiento al Plan de Manejo Ambiental del proyecto. En el cual se plasmaron los siguientes aspectos: **(i)** la mayoría del plan se cumple; **(ii)** solo se presenta manejo inadecuado de residuos sólidos ordinarios y peligrosos; y, **(iii)** “*Esta situación trae como consecuencia contaminación del suelo y del agua con lixiviados, metales pesados y bencénicos, malos olores y proliferación de vectores...*”, para lo cual geolocalizó con coordenadas los sitios de disposición.

§32. Mediante auto 754 del 9 de julio de 2013, Corpocaldas abrió un trámite sancionatorio, con base en el anterior informe.¹⁰

§33. A través del Auto 1011 del 21 de agosto de 2013, Corpocaldas formuló cargos en contra de Mineros Nacionales, en el cual se pusieron de presente los hechos ya mencionados encontrados en la visita del 14 de agosto de 2012, por la presunta infracción del artículo 2 de la Resolución 0496 del 29 de octubre de 2021, que aprobó el plan de manejo.¹¹

§34. El 16 de septiembre de 2013 Mineros Nacionales presentó los descargos¹², donde expresó: **(i)** las recomendaciones hechas por la corporación luego de la visita fueron cumplidas de inmediato; **(ii)** critica el inicio del trámite sancionatorio, sin que se haya verificado alguna causa de cesación de procedimiento; **(iii)** expuso que el pliego de cargos solo menciona escuetamente los hallazgos del informe técnico, sin que los mismos se constituya en incumplimiento de las siete obligaciones con respecto a los residuos que trae el plan de manejo, por lo que no existe tipicidad de la conducta; **(iv)** se debe analizar causas de atenuación de la responsabilidad; y, **(v)** inexistencia de dolo o culpa.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁹ Fs. 8 vto-16, c3.

¹⁰ Fs.17 vto, c3.

¹¹ Fs.27-28, c3.

¹² Fs. 31 vto – 39 c3.

§35. El 25 de octubre de 2013¹³ se ordenaron pruebas en el trámite sancionatorio, donde se requirió a la subdirección de recursos naturales para que emitiera concepto técnico acerca de los argumentos de los descargos.

§36. El informe técnico 009 de la Subdirección de Recursos Naturales de Corpocaldas del 4 de enero de 2014¹⁴, indicó que Mineros Nacionales corrigió los defectos encontrados en la primera visita técnica, e hizo la tasación de la multa aplicando las variables atinentes a la *AFECTACIÓN AMBIENTAL*, sin señalar de dónde estimó los costos que calculó como el *BENEFICIO ILÍCITO* que se habría reportado para Mineros Nacionales.

§37. La Resolución SG 704 del 6 de junio de 2014¹⁵ expedida por Corpocaldas impuso multa por \$95.874.504 a Mineros Nacionales, con las siguientes consideraciones: **(i)** tuvo en cuenta los hallazgos de la primera visita técnica, los descargos, transcribió las pruebas practicadas, los argumentos del investigado; **(ii)** describió las obligaciones impuestas en el plan de manejo, que incluyen las conductas encontradas de que no hacía separación de material orgánico e inorgánico como la prohibición de vertimientos de residuos de gasolina; **(iii)** la no demostración de eximentes de responsabilidad; **(iv)** la infracción del investigado de las obligaciones del plan de manejo; **(v)** el reconocimiento de la mitigación hecha por Mineros Nacionales que se hizo en el correspondiente factor de la fórmula aplicada; **(vi)** la legitimidad de la sanción; **(vii)** la tasación de la multa conforme a los parámetros de la *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*.

§38. El 14 de Julio de 2014 Mineros Nacionales interpuso el recurso de reposición en contra del acto que impuso la sanción, donde sustenta: **(i)** en la tasación de la multa hubo una estimación errónea de la variable *BENEFICIO DEL ILÍCITO*, porque la corporación tomó lo que Mineros Nacionales invirtió para atender los requerimientos y “para mejorar sus sistema de disposición de residuos...”; **(ii)** la tasación debió hacerse bajo el parámetro de la *INFRACCIÓN DE UNA NORMA* y no por la *IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL*, porque la formulación de cargos fue por la violación de la norma de la resolución que aprobó el Plan de Manejo y, **(iii)** solicitó la reliquidación de la multa por el valor de \$7.500.842.

§39. El 29 de agosto de 2014 Corpocaldas dispuso la práctica de la prueba del concepto técnico de la Subdirección de Recursos Naturales, para que señalara: **(i)** la estimación del *BENEFICIO ILÍCITO*; **(ii)** la infracción y los daños ambientales colaterales, **(iii)** la tasación de la multa con base en el smlmv; y, **(iv)** las demás consideraciones pertinentes para la tasación de la sanción¹⁶.

§40. En el informe técnico 245 del 9 de octubre de 2014¹⁷ la Subdirección de Recursos Naturales ratificó el anterior concepto que sirvió de base de la imposición de la multa, aclarando que el valor del *BENEFICIO ILÍCITO* se extrajo de los documentos aportados en los descargos por Mineros Nacionales donde señalan los costos que asumieron para cumplir los requerimientos en torno a la disposición de residuos, sin detallarlos.

¹³ Fs. 91-93 vto, c3.

¹⁴ Fs. 201-205, c1

¹⁵ Fs. 206-213, c1.

¹⁶ Fs. 134-136 vto. C3.

¹⁷ Fs. 138vto – 140 vto. C3

§41. Mediante la Resolución 1267 del 7 de noviembre de 2014¹⁸ Corpocaldas negó la reposición y confirmó la sanción impuesta previamente.

2.3. Problemas Jurídicos

§42. En los términos del recurso de apelación, la Sala debe determinar:

§43. ¿La sentencia de primera instancia incurrió en incongruencia al estudiar un cargo supuestamente no formulado en la demanda?

§44. ¿Los actos demandados identificaron los daños ambientales por los que se podía imponer a Mineros Nacionales una sanción con base en la *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*?

§45. ¿En el trámite sancionatorio se violaron los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción, al no haberse hecho la contradicción de un concepto técnico ordenado como prueba para decidir el recurso de reposición en contra de la multa impuesta?

2.4. Análisis de los dos primeros cargos: no existió incongruencia de la sentencia, y Corpocaldas no determinó los elementos de la responsabilidad extracontractual para endilgar una *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*

§46. Como se pasará a relacionar, la parte demandante argumentó como causa de violación de la demanda, que Corpocaldas formuló “...cargos en contra de Mineros Nacionales ... por la presunta infracción del artículo segundo de la Resolución N° 0496 del 29 de octubre de 2001...” pero tasó la multa por la “Contaminación del suelo y del agua con lixiviados, metales pesados y bencénicos, malos olores y proliferación de vectores”. Y el juzgado encontró demostrado que Corpocaldas formuló los cargos por la *INFRACCIÓN DE UNA NORMA*, pero la tasación de la multa se calculó como una *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*.

§47. Preliminarmente se aclara que los ilícitos ambientales se clasifican en estas categorías: **(i)** el *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS*, por el solo hecho de infringir una norma, sin daño ambiental; **(ii)** la *AFECTACIÓN POR DAÑO* cuando se verifica un daño ambiental, y su análisis se realiza con los elementos de la responsabilidad civil extracontractual; **(iii)** su importancia radica en diferente tasación de la multa.

§48. Según se verá más adelante, el juzgado no incurrió en incongruencia al expedir la sentencia. Además, Corpocaldas tasó la multa con base en una *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*, sin determinar los elementos de la responsabilidad extracontractual, como lo exige el artículo 5° de la Ley 1333 de 2009.

§49. El *PRINCIPIO DE CONGRUENCIA* está definido en el artículo 281 del CGP, donde exige que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las

¹⁸ Fs. 253-258 vto, c 1

pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”

§50. Así “... *la pretensión acota el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado y delimita el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador*”.¹⁹

§51. La sentencia de primera instancia encontró violado el principio de congruencia en la actuación ambiental, el cual en materia administrativa “... *implica la correlación entre los hechos investigados, los cargos formulados, las pruebas legal y oportunamente allegadas y la resolución.*”

§52. El juzgado de instancia señaló que Corpocaldas formuló cargos a Mineros Nacionales por la *INFRACCIÓN* al artículo 2º de la Resolución 496 de 2001 que aprobó el plan de manejo ambiental, o sea, una infracción por *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS*.

§53. Pero la tasación de la multa se hizo por *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*, que según el dicho de la sentencia apelada: “*Del análisis precedente, se puede afirmar que la multa no podría ser tasada a partir de una AFECTACIÓN MEDIOAMBIENTAL, atendiendo a que el artículo 5º de la Ley 1333 de 2009 preceptúa que tal infracción debe estructurarse a partir de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual: daño, hecho generador y nexo causal, lo que a todas luces no fue establecido por ninguno de los actos que se pretende su nulidad...*”

§54. En cuanto a este punto, contrario a lo que señala la apelante, este argumento sí fue expuesto en la demanda, en el cargo de la *Violación al principio de congruencia*, de la siguiente manera:

“Como vimos anteriormente, el cargo formulado a la Sociedad MINEROS NACIONALES, fue:

“Formular cargos en contra de Mineros Nacionales S.A.S., identificado con NIT N° 890.114.642-8, por la presunta infracción del artículo segundo de la Resolución N° 0496 del 29 de octubre de 2001, por la cual se aprobó el Plan de Manejo Ambiental.”

Pero extrañamente al momento de tasar la multa a imponer y en la decisión del procedimiento se tomó como el cargo formulado para la valoración de la importancia de la afectación, la “Contaminación del suelo y del agua con lixiviados, metales pesados y bencénicos, malos olores y proliferación de vectores”, circunstancias que no fueron indicadas en el inicio del procedimiento sancionatorio ni de la formulación de cargos y mucho menos objeto de las pruebas decretadas y practicadas.”

§55. O sea, el demandante critica los actos acusados, porque la formulación de cargos se hizo con base en una *INFRACCIÓN NORMATIVA*, en tanto que la tasación de la sanción se calculó por la *REALIZACIÓN DE LA CONTAMINACIÓN*.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ comentan esta noción en el CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (1997), Ed. Civitas

§56. Como se aclaró previamente, los ilícitos ambientales se clasifican en dos grandes categorías: *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS* (art. 84 L.99/1993²⁰) y/o *AFECTACIÓN POR DAÑO* (art. 17 L.23/1973²¹).

§57. Ambos tipos de ilícitos fueron recogidos por el artículo 5° de la Ley 1333 de 2009²²:

“ARTÍCULO 5o. INFRACCIONES. Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya VIOLACIÓN DE LAS NORMAS contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión DE UN DAÑO AL MEDIO AMBIENTE, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil.

PARÁGRAFO 1o. En las infracciones ambientales se presume la culpa o dolo del infractor, quien tendrá a su cargo desvirtuarla.”-sft-

§58. Las diferencias entre ambos ilícitos son las siguientes:

§58.1. El *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS* se da por el solo hecho de infringir una norma.

§58.2. En caso de *AFECTACIÓN POR DAÑO* se establece cuando se verifica un daño ambiental, y su análisis se realiza bajo la óptica de la responsabilidad civil extracontractual: determinación del daño, hecho generador, culpabilidad, y su nexo causal.

§58.3. **La multa se tasa en forma distinta para estos tipos de infracción:** (i) cuando se investiga una infracción por *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS*, por ser daños no ocasionados pero que existía un riesgo de su producción, la variable *IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN -i-* se calcula con una fórmula ; y en el valor monetario estimado se aplican diferentes constantes: **22.06** o **11.03** respectivamente. (ii) En los casos de *AFECTACIÓN POR DAÑO*, debido a que sí hay perjuicios cuantificables que se estiman por el beneficio “... *se procederá mediante el promedio simple de los resultados obtenidos al monetizar tales infracciones o riesgos...*”. Y, (iii) Si se presenta confluencia de *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS* y *AFECTACIÓN POR DAÑO* se hace un promedio simple de los resultados obtenidos.

²⁰ ARTÍCULO 84. Cuando ocurriere violación de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo de recursos naturales renovables, el Ministerio del Medio Ambiente o las Corporaciones Autónomas Regionales impondrán las sanciones que se prevén en el artículo siguiente, según el tipo de infracción y la gravedad de la misma. Si fuere el caso, denunciarán el hecho ante las autoridades competentes para que se inicie la investigación penal respectiva.

²¹ ARTÍCULO 17. Será sancionable conforme a la presente Ley, toda acción que conlleve contaminación del medio ambiente, en los términos y condiciones señaladas en el artículo cuarto de este mismo estatuto.

²² Ley 1333 de 2009. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1333_2009.html

§58.4. Se explicará detalladamente la diferencia entre estas diversas tasaciones de multas. El artículo 4º ídem estableció la siguiente fórmula para la tasación de las sanciones pecuniarias, donde la diferencia en la evaluación de cada tipo de infracción depende de la variable – *i* -:

$$\text{Multa} = \mathbf{B} + [(\alpha * \mathbf{i}) * (1 + A) + Ca] + Cs$$

§58.5. Se subrayan los elementos que se abordan en este proceso:

“B: BENEFICIO ILÍCITO

α: Factor de temporalidad

i: GRADO DE AFECTACIÓN AMBIENTAL Y/O EVALUACIÓN DEL RIESGO

A: Circunstancias agravantes y atenuantes

Ca: Costos asociados

Cs: Capacidad socioeconómica del infractor.” (art. 3º ídem)

§58.6. El **BENEFICIO ILÍCITO (B)**: Consiste en la ganancia que obtiene el infractor. Este beneficio puede estar constituido por ingresos directos, costos evitados o ahorros de retrasos. El beneficio ilícito se obtiene de relacionar la ganancia producto de la infracción con la capacidad de detección. Tiene gran importancia, debido a la dificultad para establecer todos los daños ambientales y ecológicos, incluso los daños puros, por lo que el Gobierno estimó varias formas de determinar este beneficio.

§58.7. El **GRADO DE AFECTACIÓN AMBIENTAL -i-**: Es la medida cualitativa del impacto a partir del grado de incidencia de la alteración producida y de sus efectos. Se obtiene a partir de la valoración de ciertos atributos, los cuales determinan la importancia de la afectación.

§58.8. Como se subrayó, la variable **-i-** depende del ilícito ambiental: el **RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS** se tasa conforme el artículo 8º ídem, o por la **AFECTACIÓN POR DAÑO** que se calcula conforme al artículo 7º.

§58.9. Cuando es por RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS, la variable **-i-** toma el nombre de la *Evaluación del riesgo (r)* que se despeja con la fórmula $r = o \times m$.

§58.10. En el caso de AFECTACIÓN POR DAÑO, la variable **-i-** se calcula según las variables de la **IMPORTANCIA DE LA AFECTACIÓN -I-** y el *Grado de afectación ambiental -i-* en unidades monetarias.

§59. **En el caso concreto**, se demostró: **(i)** la demanda sí tuvo como argumentación de violación normativa la diferencia entre los cargos formulados en contra de Mineros Nacionales y la tasación de la multa; **(ii)** a pesar que en los cargos y en el acto sancionatorio se informaron que existieron daños ambientales, o sea **AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL**, ningún acto cumplió con la carga de la motivación exigida por el artículo 5º de la Ley 1333 de 2009, precisando los elementos de la responsabilidad extracontractual de daño, hecho, nexo causal ni culpabilidad, como lo estimó el juzgado; **(iii)** los cargos se formularon por un incumplimiento normativo, o sea, **RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS**, en particular el artículo 2º de la Resolución 496 de 2001 que aprobó el Plan de Manejo Ambiental; y, **(iii)** la tasación de la multa se efectuó

como un ilícito de *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL* y no de *RIESGO POR INFRACCIÓN DE NORMAS*.

§60. Por ello, se encuentra demostrado el razonamiento de violación planteado en la demanda, no fue correcta la apreciación del recurso de apelación pues la sentencia sí fue congruente con los cargos de la demanda, y la presente tesis de la apelante no tiene vocación de prosperidad, porque el juzgado no incurrió en falta de congruencia, y la entidad no cumplió con la carga argumentativa para endilgarle a Mineros Nacionales una *AFECTACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL*, que sirvió de base para la tasación de la multa.

2.5. Solución al tercer cargo de la apelación: el juzgado no erró al estimar que debió darse la contradicción del informe técnico ordenado como prueba por Corpocaldas

§61. A continuación, se explicará que, en este caso concreto, el juzgado no erró al considerar que debió darse la contradicción respectiva del informe técnico decretado como prueba por Corpocaldas para decidir el recurso de reposición contra la multa, porque tenía el carácter de verdadero medio probatorio y debía dársele el respectivo traslado al accionante.

§62. El juzgado de primera instancia consideró que se presentó la violación de los derechos de defensa y contradicción del demandante, en razón a que Mineros Nacionales presentó recurso de reposición en contra de la resolución que le impuso una sanción. Para decidir este recurso, Corpocaldas decretó entre las pruebas la emisión de un concepto técnico, del cual no se le dio la contradicción, y a la postre se decidió de plano la reposición, confirmando la multa impuesta.

§63. El apelante sostiene que dichos informes técnicos no son medios probatorios, sino actuaciones que llevan a dar certeza de la existencia de los hechos constitutivos de infracción, por lo que no se les da la contradicción prevista para los peritajes.

§64. En cuanto a esta temática, la vigencia del CPACA amplificó la garantía de los derechos de defensa y contradicción en los trámites sancionatorios administrativos.

§65. En efecto, la Ley 1333 de 2009²³ estableció el procedimiento sancionatorio ambiental, compuesto por las siguientes etapas: “1) *Indagación preliminar* (art. 17). 2) *Iniciación del procedimiento sancionatorio* (art. 18). 3) *Notificaciones* (art. 19). 4) *Intervenciones* (art. 20). 5) *Remisión a otras autoridades* (art. 21). 6) *Verificación de los hechos* (art. 22). 7) *Cesación de procedimiento* (art. 23). 8) *Formulación de cargos* (art. 24). 9) *Descargos* (art. 25). 10) *Práctica de pruebas* (art. 26). 11) *Determinación de la responsabilidad y sanción* (art. 27). 12) *Notificación* (art. 28). 13) *Publicidad* (art. 29). 14) *Recursos* (art. 30). 15) *Medidas compensatorias* (art. 31).” (C. Const. S. C-595 de 2010)

§66. El artículo 47 del CPACA, vigente a la fecha de inicio del trámite sancionatorio en análisis, modificó el procedimiento administrativo sancionatorio, en aspectos no regulados en normas especiales frente la primera parte del CPACA. Sobre el particular

²³ Ley 1333 de 2009. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1333_2009.html

el Consejo de Estado precisó los aspectos adicionales que se deben incorporar en el trámite sancionatorio ambiental²⁴:

«1.-) se consagran tres etapas procesales adicionales: la comunicación al interesado (artículo 47), el traslado para alegar (artículo 48) y el traslado de las pruebas aportadas con el recurso de reposición (artículo 79); 2.-) se modifican o complementan las etapas previstas en el procedimiento existente; el deber de indicar dentro de la formulación de cargos las sanciones o medidas que serían procedentes (artículo 47), la notificación de los cargos por aviso en vez del edicto, la utilización de medios electrónicos (artículo 53), la notificación electrónica, en estrados y por aviso (artículos 56, 67 y 69); 3.-) se incluye un nuevo criterio para la graduación de las sanciones, cual es, el grado de prudencia o diligencia con que el procesado haya atendido los deberes o haya aplicado las normas pertinentes (artículo 50, literal 6)»

§67. Incluso, actualmente debe incluirse la presentación de alegatos de conclusión, como lo expuso la Alta Corporación Administrativa²⁵: *“Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes [...]», haciendo a su vez aplicable el artículo 48 del CPACA que contempla la etapa de alegatos de conclusión...”*

§68. **En este caso concreto**, sobre a la temática de la naturaleza jurídica de los conceptos técnicos expedidos por la Administración, el Doctor Roberto Dromi ilustra que estos informes técnicos son considerados meros actos de la administración: *“Los dictámenes son [simples] actos jurídicos de la Administración emitidos por órganos competentes que contienen opiniones e informes técnico-jurídicos preparatorios de la voluntad administrativa... forma parte de los actos previos a la emisión de la voluntad... se emiten en concreto, para un caso particular, como parte de un procedimiento administrativo en marcha, de una voluntad administrativa en formación ... son públicos para las partes y terceros con interés jurídico en el procedimiento, razón por la cual no pueden ser, en principio, declarados reservados... El principio general es el de la inimpugnabilidad de los dictámenes y actos preparatorios.”*²⁶

§69. El artículo 22 de la citada Ley 1333 de 2009 que regula el trámite sancionatorio ambiental prevé: *“Verificación de los hechos. La autoridad ambiental competente podrá realizar todo tipo de diligencias administrativas como visitas técnicas, toma de muestras, exámenes de laboratorio, mediciones, caracterizaciones y todas aquellas actuaciones que estime necesarias y pertinentes para determinar con certeza los hechos constitutivos de infracción y completar los elementos probatorios.”*

§70. Como lo señala Dromi, en principio, un informe técnico no sería motivo de impugnación o contradicción, al ser un mero acto de la administración.

§71. Sin embargo, en este caso se presentan estas circunstancias especiales: **(i)** antes de la imposición de la sanción ambiental al actor, Corpocaldas por auto 1803 del 5 de

²⁴ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, Bogotá, D.C., Diecisiete (17) De Noviembre De Dos Mil Diecisiete (2017), Radicación Número: 23001-23-31-000-2014-00188-01

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 18 de septiembre de 2020, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicado No 54001233300020150022301(056518)

²⁶ Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. 1997. Pp. 309-319

octubre de 2013 ordenó como prueba un concepto técnico a la Subdirección de Recursos Naturales para que conceptuara sobre los descargos presentados por Mineros Nacionales; **(ii)** la mencionada subdirección presentó el informe técnico 009 del 14 de enero de 2014, donde tasó la multa con la variable de *BENEFICIO ILÍCITO* en \$46.954.248, sin explicar de dónde extracto dicha información; **(iii)** luego Corpocaldas impuso la multa al infractor, por la Resolución 704 del 9 de junio de 2014; **(iv)** el 14 de julio de 2014 Mineros Nacionales interpuso recurso de reposición en contra de la sanción, donde planteó la *Estimación errónea del BENEFICIO ILÍCITO*; **(v)** Corpocaldas por auto 1047 del 29 de agosto de 2014 ordenó como prueba un concepto técnico a la subdirección mencionada, sobre la estimación del *BENEFICIO ILÍCITO*, entre otros aspectos; **(vi)** la Subdirección de Recursos Naturales emitió el concepto 245 del 9 de octubre de 2014, donde mantuvo la tasación previa del *BENEFICIO ILÍCITO*, e informó que “... dichos montos quedan evidenciados y reflejados en los documentos aportados por el mismo titular...”; **(vi)** sin traslado de dicho informe, Corpocaldas expidió la Resolución 1267 del 7 de noviembre de 2014 que confirmó la sanción impuesta.

§72. Claramente se observa, que el último informe técnico se refería a hechos que debían ser motivo de demostración, o sea, materialmente era un medio de prueba.

§73. Con respecto a los Informes Técnicos, el auto del 25 de enero de 2019²⁷ del Consejo de Estado aclaró que no son pruebas periciales, sino documentales que pueden ser objeto de contradicción:

“i) Los informes o conceptos técnicos no coinciden con los dictámenes periciales, regulados en los artículos 218 y siguientes del CPACA, ni con los informes técnicos de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 275 del CGP; ii) El dictamen pericial es un medio de prueba a través del cual se busca verificar hechos que interesan al proceso y frente a los cuales se requiere de especiales conocimientos científicos, técnicos y artísticos. iii) En el informe técnico prima el dato, ya que se exponen y describen cuestiones, situaciones y circunstancias observadas en relación con la materia objeto de análisis. El informe técnico, entonces, describe una determinada situación y expone unos argumentos en punto de conclusiones; iv) La incorporación de los conceptos técnicos se efectúa, válidamente, de la misma manera en que se aportan al proceso las demás pruebas documentales, puesto que el CPACA expresamente señala que podrán ser aportadas en las oportunidades procesales correspondientes para solicitar pruebas, esto es, en la demanda, en la reforma, en la solicitud de excepciones, en la contestación de la demanda y en el escrito que responde a las excepciones, y v) En cuanto a la contradicción de los conceptos técnicos, el Despacho recuerda que la misma se realiza en las oportunidades previstas en el procedimiento para que la contraparte manifieste su oposición y sus razones para restar credibilidad al mismo.”

§74. De esta manera, el último informe técnico sí requería del trámite de la contradicción, por constituirse en un medio de prueba de demostración de los hechos que estaban en controversia acerca del *BENEFICIO ILÍCITO*, como lo estimó la sentencia de primera instancia.

§75. Además, la falta de traslado del informe se constituye en un defecto grave en el trámite, debido a que incluso en esta segunda instancia judicial no es posible determinar

²⁷ 11001-03-24-000-2013-00520-00 de Consejo de Estado (SECCION PRIMERA) del 25-01-2019

claramente las fuentes y los valores por los cuales se estimó el *BENEFICIO ILÍCITO* por Corpocaldas.

§76. De esta forma, no prospera el cargo de la apelación formulado por Corpocaldas.

§77. En síntesis, se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Costas en esta instancia

§78. Con base en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta que la parte demandante presentó alegatos de conclusión, se impondrán costas a título de agencias en derecho, en un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de la parte demandada, con fundamento en el artículo 5° numeral 1 del PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

§79. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 23 de mayo del 2018 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MINEROS NACIONALES SAS** en contra de la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL CALDAS - CORPOCALDAS**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS, a cargo de la demandada, artículo de agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho, con fundamento en el artículo 5° numeral 1 del psaa16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura conforme a los argumentos expuestos.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

A.I. 200

Medio de Control: Ejecutivo
Demandante: Germán Gómez Montoya
Demandado: Municipio de Manizales
Radicado: 17001-33-39-007-2018-00628-02
Acto judicial: Auto interlocutorio

Manizales, veintitrés (23) octubre de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta

Síntesis: La parte ejecutante pretende la ejecución de una sentencia de reconocimiento de trabajo suplementario, específicamente sobre horas extras pendientes, intereses de mora y prestaciones dejados de reliquidar. El juzgado de primera instancia negó el mandamiento de pago porque: **(i)** las horas extra nocturnas no se reconocen en el sistema de turnos; **(ii)** el trabajo suplementario solo es factor salarial de las cesantías; y, **(iii)** la entidad pagó demás respecto a los otros rubros. El ejecutante apeló porque: **(i)** la sentencia dispuso el pago de horas extras diurnas y nocturnas como de todas las prestaciones; y, **(ii)** de la liquidación de todos los conceptos, daría un saldo a favor del actor. La sala confirma el auto que negó librar el mandamiento de pago, porque: **(i)** las sentencias objeto de ejecución indicaron que se paguen las horas extras según la normatividad; **(ii)** las horas extras nocturnas no se generan en el sistema de turnos – art. 37 D.1042/1978; **(iii)** el trabajo suplementario solo es factor salarial de las cesantías; **(iv)** aunque en la liquidación del tribunal se adicionaron otros rubros no considerados por el juzgado, de todas maneras el municipio pagó una suma superior a la debida.

Asunto

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante en contra del auto proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que ordenó negar el mandamiento de pago, al considerar cancelada la obligación ordenada en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión en contra del municipio de Manizales.¹

¹ Expediente digital archivo 06AutoNiegamandamientodepago

Antecedentes

La parte actora pretende que se libere mandamiento de pago a su favor en contra del municipio de Manizales, por los siguientes conceptos: (i) valor del crédito en la suma de \$ 55.926.786. (ii) intereses de mora por la suma de \$ 55.102.868, causados hasta el 31 de julio de 2018, descontando el valor inicial cancelado por la demandada; y, (iii) la condena en costas y agencias en derecho.

El demandante señaló que adelantó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en contra del municipio de Manizales, para el reconocimiento del trabajo suplementario como bombero.

El 16 de mayo de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Manizales profirió sentencia de primera instancia, luego de relacionar las jornadas de 24 horas que el actor laboró entre abril de 2005 hasta agosto de 2012, donde accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El 13 de noviembre de 2014 el Tribunal Administrativo de Caldas modificó los reconocimientos hechos por el juzgado de primera instancia, quedando en forma definitiva de la siguiente manera:

“FALLA

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia del 16 de mayo de 2013 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Manizales, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por GERMAN GÓMEZ MONTOYA contra el MUNICIPIO DE MANIZALES, los cuales quedarán así:

“TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de los oficios UGH-188 del 6 de abril de 2009 y S.S.A.-GH 00710 de abril 9 de 2010, mediante los cuales, se negó el reconocimiento y cancelación de manera retroactiva, de los derechos derivados del trabajo suplementario dominical, recargos nocturnos, horas extras diurnas y nocturnas y reliquidación de las prestaciones sociales, bajo los fundamentos expuestos

CUARTO: Condénese al MUNICIPIO DE MANIZALES, de acuerdo con las pautas indicadas en la parte motiva, a pagar al señor GERMÁN GÓMEZ MONTOYA, identificado con C.C 10.278.318, el trabajo supletorio (horas extras, recargo nocturno y dominicales) cumplido desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 31 de mayo de 2010, por prescripción trienal, de conformidad con los lineamientos descritos por el Decreto 1042 de 1978.

La entidad referida, deberá liquidar de acuerdo a lo obrante en el expediente administrativo del actor, verificando los dominicales, horas extras y recargos nocturnos efectivamente trabajados, previamente señalados en la providencia, para el reconocimiento del referido trabajo supletorio.

La accionada reconocerá al actor el trabajo complementario que acredite haber laborado desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 31 de mayo de 2010 por prescripción trienal.

QUINTO: Condénese al MUNICIPIO DE MANIZALES a relíquidar los dineros saldados y reconocidos al señor GERMÁN GÓMEZ MONTOYA, identificado con C.C 10.278.318, por prestaciones sociales teniendo en cuenta el concepto que corresponda a trabajo suplementario laborado desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 31 de mayo de 2010, por prescripción trienal, de conformidad con los lineamientos descritos por el Decreto 1042 de 1978, según lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

La accionada reconocerá al actor las prestaciones sociales correspondientes al trabajo complementario que se acrediten haber laborado desde el 3 de marzo de 2006 hasta el 31 de mayo de 2010, por prescripción trienal, en las condiciones que sirvieron de base para la condena en esta providencia por este concepto".-sft-

En el expediente consta la certificación expedida por la Secretaría de Servicios Administrativos Unidad de Gestión Humana del municipio de Manizales, donde se informa el pago de valores por concepto de recargos nocturnos y dominicales del actor².

La demanda señaló que a través de la Resolución 292 del 3 de julio de 2015, expedida por el municipio de Manizales, se dispuso el pago del crédito contenido en las sentencias proferidas en el proceso ordinario, donde se incluyeron los pagos de horas extras diurnas, extras nocturnas de manera parcial, y domingos- festivos, como las prestaciones sociales, por la suma de \$33.102.393.³

Auto recurrido⁴

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales negó librar el mandamiento de pago, con los siguientes razonamientos:

- (i) Estimó el valor de la hora de trabajo conforme a la sentencia del 12 de febrero de 2015 del Consejo de Estado, o sea, dividir el mes en 4,33 semanas.
- (ii) Tuvo en cuenta las horas extras según la jornada de 6 pm 6 am. Como el actor tenía jornada mixta no se le podía reconocer horas extras nocturnas— arts. 35 y 37 D.1042/1978.
- (iii) En cuanto a las horas extras diurnas se liquidó las primeras 50 horas, y las comparó con las que calculó la entidad, “... encontrándose que existen meses en que el tiempo extra es inferior a las 50 horas extras y que incluso hay meses en que el tiempo de servicios no alcanzó las 190 horas de trabajo ordinario, por lo que no se generaron horas extras...” en dichas situaciones. Las horas extras totalizaron \$10.560.454,62 que indexadas darían \$12.474.759,13. Pero el municipio pagó **más**, \$18.266.444.
- (iv) Sobre los domingos y festivos también se pagó \$5.771.877 demás.
- (v) Referente a las prestaciones: **(a)** el juzgado consideró que señala “... el Consejo de Estado que las horas extras, así como los recargos nocturnos y

² Expedientedigitalarchivo 03CertificadoMpioMles

³ Expedientedigitalarchivo01cuaderno.pdf. 105/138.

⁴ Expedientedigital archivo 06AutoNiegamandamientodepago

la remuneración del trabajo dominical y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978 y artículos 17, 33 del Decreto 1045 de 1978...”; y, (b) el municipio pagó demás \$707.721 por concepto de cesantías e intereses a las cesantías.

Recurso de apelación⁵

Inconforme con la decisión, la parte ejecutante interpuso recurso de apelación para que se acceda al mandamiento de pago, con los siguientes argumentos:

- i) **Sobre las horas extra nocturnas**, no fueron liquidadas por el juzgado porque el actor trabajó en sistema de turnos, pese a que expresamente la sentencia se ordenó su liquidación. Incluso se incluyeron en la liquidación efectuada por el ente territorial en la Resolución 292 de 2015.
- ii) **Los recargos nocturnos dentro de los días de descanso obligatorio que se calculan con el doble valor**, no fueron cuantificados y liquidados en el cálculo del juzgado siendo decretados en el proceso ordinario, así como los causados dentro de los días de descanso, mismos que se calculan sobre el valor doble de la hora trabajada en días dominicales y festivos.
- iii) **La reliquidación de prestaciones sociales** fueron ordenadas en la sentencia, las que no fueron limitadas únicamente a las cesantías, sino que fue genérica sobre el concepto de trabajo suplementario (horas extras, recargo nocturno y dominicales). Luego, se reclama el pago de todas las prestaciones sociales que tiene derecho el bombero oficial durante las vigencias del reclamo.
- iv) *“...si verdaderamente su señoría hubiera leído con atención y cuidado los hechos, pretensiones y anexos de la demanda hubiera evidenciado que acá existe un remanente a favor del señor GÓMEZ sólo por el simple hecho de no habersele reconocido y pagado...”*

En consecuencia, consideró que el juez se extralimitó al modificar el contenido el título ejecutivo.

Consideraciones

Competencia

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó librar mandamiento de pago, de conformidad con los artículos 125.2.g, 153 y 243.1 del

⁵ Expedientedigital09RecursoApelacion

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

Problema Jurídico

¿Determinar si se debe o no librar mandamiento de pago, conforme a las sentencias proferidas por la jurisdicción administrativa a favor del accionante?

Normativa y jurisprudencia Aplicable

El artículo 297 de la Ley 1437 de 2011, consideró como título ejecutivo las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

El artículo 192 del CPACA, reguló lo pertinente al cumplimiento de las sentencias y conciliaciones, por parte de las entidades públicas, que les impone el deber de realizar las medidas necesarias en el término de treinta (30) días y el pago de la obligación en un máximo de diez (10) meses.

Así mismo, advierte en caso de no realizar los trámites para dicho pago por parte del interesado, a partir de los 3 meses contados a partir de la ejecutoria cesará la causación de intereses moratorios, hasta que se presente la solicitud.

Ahora bien, siendo que la Ley 1437 de 2011 no reguló el procedimiento del proceso ejecutivo, por remisión expresa del artículo 306, ordenó dar aplicación en dicho aspecto al Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso. En efecto el artículo 422 del Código General del Proceso, reguló las obligaciones que deben demandarse, a través del proceso ejecutivo, considerando que son ejecutables las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos como las emanadas de las sentencias o de otro acto judicial.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado, ha precisado las características del título ejecutivo, en cuanto a su contenido y conformación. Además, de las condiciones sustanciales y formales para la procedencia de su ejecución.

En este sentido, es procedente destacar que la Alta Corporación Administrativa, ha expuesto sobre la procedibilidad de librar mandamiento de pago, siempre y cuando se cumplan con los requisitos sustantivos, entre ellos el requisito de exigibilidad, sin que sea dable al juzgador de la ejecución, modificar las condiciones contenidas en la sentencia.

El caso concreto

En atención a los motivos de inconformidad formulados por la parte recurrente, y conforme a la liquidación hecha por el contador de la Corporación, con apoyo en las bitácoras de turnos donde consta las jornadas laboradas; confrontado con el acto administrativo que

reconoció dichos rubros; y de acuerdo a las órdenes emitidas en las sentencias judiciales se efectúan las siguientes liquidaciones entre los años 2006 y 2010, así:

➤ HORAS EXTRAS NOCTURNAS

Conforme a las sentencias que conforman el título ejecutivo y la jurisprudencia, debido a que el actor trabajaba en el sistema de turnos de acuerdo con el artículo 37 del Decreto 1042 de 1978, no tiene derecho al reconocimiento de horas extras nocturnas, por las siguientes razones:

- (i) La sentencia de primera instancia no ordenó expresamente el pago de horas extras nocturnas, sino de las horas extras conforme a los artículos 35 y siguientes del Decreto 1042 de 1978: “... *Concluido que el señor GERMÁN GÓMEZ MONTOYA desarrollaba jornadas mixtas de trabajo, en consideración a que las labores se prestaban por el sistema de turnos, que incluían horas diurnas y nocturnas; el ente territorial deberá mediante acto administrativo, liquidar y ordenar el pago de las horas extras causadas a partir del 03 de marzo de 2006, por prescripción trienal (03 de marzo de 2009 fecha del recibido del derecho de petición donde solicitó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales), de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del decreto 1042 de 1978...*”-sft.
- (ii) Según lo acreditado en el proceso ordinario, el señor Germán Gómez Montoya laboró como bombero, en jornadas mixtas de trabajo en horas extras diurnas y nocturnas.
- (iii) Acorde con el artículo 37 del Decreto 1042 de 1978, las horas extras nocturnas solo están consagradas para los trabajadores que prestan sus servicios ordinariamente en la jornada diurna. Luego, como el ejecutante laboraba en jornada mixta no es posible otorgar el reconocimiento de horas extras nocturnas, en correspondencia con el artículo 35 del citado Decreto.
- (iv) En el mismo sentido el Consejo de Estado en auto del 12 de mayo de 2022⁶ estimó que “... *la autoridad judicial ordenó el pago de la remuneración correspondiente a las horas extras; sin embargo, en las consideraciones enfatizó que el personal operativo de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos **labora por el sistema de turnos de 24 horas**, por lo que el demandante desarrollaba jornadas mixtas de trabajo, 25 correspondientes a 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, en turnos que incluyen horas diurnas y nocturnas, que hacen parte de su jornada ordinaria. Por ello, no es de recibo la afirmación de que la liquidación de sus horas extras debió hacerse tomando 25 horas diurnas y*

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022) Referencia: EJECUTIVO Radicación: 25000 23 42 000 2018 00798 01 (3024-2021)

25 nocturnas, pues estas últimas se reconocen cuando se ejecutan de forma excepcional.”

Sobre este rubro se confirmará la decisión proferida en el auto recurrido.

➤ **RECARGOS NOCTURNOS**

Afirmó el recurrente que los recargos nocturnos no fueron cuantificados y liquidados por el Juez de primera instancia, éstos se decretaron en la orden judicial y se causaron dentro de los días de descanso. Sobre el particular, se observa que le asiste razón al recurrente al advertir que éstos no fueron liquidados en el auto que negó el mandamiento de pago

Por lo anterior, se procederá a liquidar dicho rubro el cual fue ordenado su pago en la sentencia que presta merito ejecutivo, así:

MES	HD	HN	HD D	HN D	H DF	H NF	TOTAL HORAS (BITÁC ORA)	HOR AS MES	HOR AS EXTR AS	HORAS CON RECAR GO NOCTU RNO	RECAR GO NOCTU RNO x 0.35	
AÑO 2006							SALARI O:	656.84 6			HORA / 190:	3.457
MARZ O	112	120	22	18	10	6	288	190	98	138	166.977	
ABRIL	60	60	12	12	0	0	144	190	0	72	87.119	
MAYO	122	126	14	18	20	12	312	190	122	144	174.237	
JUNIO	108	108	14	18	10	6	264	190	74	126	152.457	
JULIO	110	114	34	30	12	12	312	190	122	144	174.237	
AGOST O	122	126	22	18	0	0	288	190	98	144	174.237	
SEPTIE MBRE	48	48	12	12	0	0	120	190	0	60	72.599	
OCTU BRE	0	0	0	0	0	0	0	190	0	0	0	
NOVIE MBRE	72	72	14	18	10	6	192	190	2	90	108.898	
DICIE MBRE	112	120	32	24	12	12	312	190	122	144	174.237	
AÑO 2007							SALARI O:	698.22 9			HORA / 190:	3.675
ENERO	124	132	12	12	20	12	312	190	122	144	185.214	
FEBRE RO	120	120	24	24	0	0	288	190	98	144	185.214	

MARZ O	152	144	16	24	0	0	336	190	146	168	216.084
ABRIL	100	108	34	30	10	6	288	190	98	138	177.497
MAYO	108	108	14	18	10	6	264	190	74	126	162.063
JUNIO	112	120	20	12	12	12	288	190	98	132	169.780
JULIO	144	144	34	30	2	6	360	190	170	174	223.801
AGOST O	120	120	24	24	0	0	288	190	98	144	185.214
SEPTIE MBRE	130	126	14	18	0	0	288	190	98	144	185.214
OCTU BRE	72	72	12	12	0	0	168	190	0	84	108.042
NOVIE MBRE	84	84	14	18	10	6	216	190	26	102	131.194
DICIE MBRE	124	132	32	24	12	12	336	190	146	156	200.649
AÑO 2008							SALARI O: 742.98 5		HORA / 190: 3.910		
ENERO	146	150	24	24	10	6	360	190	170	174	238.146
FEBRE RO	122	126	22	18	0	0	288	190	98	144	197.087
MARZ O	130	126	26	30	12	12	336	190	146	156	213.510
ABRIL	144	144	24	24	0	0	336	190	146	168	229.934
MAYO	112	120	22	18	10	6	288	190	98	138	188.875
JUNIO	118	114	34	30	4	12	312	190	122	144	197.087
JULIO	134	138	22	18	0	0	312	190	122	156	213.510
AGOST O	108	108	26	30	10	6	288	190	98	138	188.875
SEPTIE MBRE	134	138	22	18	0	0	312	190	122	156	213.510
OCTU BRE	84	84	2	6	10	6	192	190	2	90	123.179
NOVIE MBRE	130	126	34	30	4	12	336	190	146	156	213.510
DICIE MBRE	122	126	24	24	22	18	336	190	146	150	205.298
AÑO 2009							SALARI O: 799.97 2		HORA / 190: 4.210		
ENERO	116	108	16	24	0	0	264	190	74	132	194.520
FEBRE RO	132	132	24	24	0	0	312	190	122	156	229.887
MARZ O	120	120	22	18	2	6	288	190	98	138	203.361
ABRIL	122	126	22	18	12	12	312	190	122	144	212.203
MAYO	124	132	24	24	20	12	336	190	146	156	229.887
JUNIO	120	120	12	12	12	12	288	190	98	132	194.520
JULIO	134	138	24	24	10	6	336	190	146	162	238.728

AGOSTO	132	132	26	30	10	6	336	190	146	162	238.728	
SEPTIEMBRE	60	60	12	12	0	0	144	190	0	72	106.102	
OCTUBRE	96	96	14	18	10	6	240	190	50	114	167.994	
NOVIEMBRE	108	108	32	24	4	12	288	190	98	132	194.520	
DICIEMBRE	136	144	22	18	10	6	336	190	146	162	238.728	
AÑO 2010							SALARIO:	829.091	HORA /		190:	4.364
ENERO	116	108	26	30	2	6	288	190	98	138	210.764	
FEBRERO	110	114	22	18	0	0	264	190	74	132	201.600	
MARZO	154	150	24	24	2	6	360	190	170	174	265.745	
ABRIL	114	126	22	18	20	12	312	190	122	144	219.927	
MAYO	132	132	22	18	2	6	312	190	122	150	229.091	
	5.766	5.850	1.074	1.038	348	300	14.376		5.060	6.888	9.413.791	

Conforme a la liquidación realizada por el Tribunal, se obtiene un total de 6.888 horas con recargo nocturno (35%), con un costo total de \$9.413.791, aclarando que conforme a certificación anexa al expediente, de fecha 04 de octubre de 2012, expedida por el Líder de Proyecto de la Unidad de Gestión Humana del Municipio de Manizales, se tiene que el Municipio de Manizales canceló por concepto de recargos nocturnos, desde el mes de marzo 2016 a mayo de 2010, un valor de \$7.848.302, el cual será abonado en la liquidación final realizada por el Tribunal Administrativo de Caldas.

El valor de \$ 7.848 se extrae de la certificación de pagos efectuada por parte del municipio de Manizales, conforme lo siguiente:

PERIODO	RECARGOS NOCTURNOS
mar-06	155.180
abr-06	137.937
may-06	155.180
jun-06	143.685
jul-06	149.433
ago-06	143.685
sep-06	51.727
oct-06	0
nov-06	114.948
dic-06	143.685
ene-07	174.142
feb-07	144.118

mar-07	176.611
abr-07	146.629
may-07	158.848
jun-07	171.067
jul-07	152.738
ago-07	164.957
sep-07	152.738
oct-07	79.424
nov-07	122.190
dic-07	158.847
ene-08	162.528
feb-08	162.528
mar-08	136.524
abr-08	169.030
may-08	162.528
jun-08	149.526
jul-08	156.026
ago-08	169.029
sep-08	182.032
oct-08	45.507
nov-08	182.032
dic-08	175.530
ene-09	188.994
feb-09	181.994
mar-09	172.661
abr-09	170.328
may-09	188.994
jun-09	167.994
jul-09	202.993
ago-09	188.993
sep-09	90.997
oct-09	146.995
nov-09	153.994
dic-09	160.994
ene-10	181.364
feb-10	174.109
mar-10	210.382
abr-10	203.127
may-10	212.800
TOTAL	7.848.302

➤ **HORAS EXTRAS**

Se realiza la liquidación correspondiente a las Horas Extras conforme a las bitácoras aportadas al expediente, arrojando los siguientes resultados:

MES	HD	HN	HDD	HND	HDF	HNF	TOTAL HORAS (BITÁCORA)	HORAS MES	HORAS EXTRAS	L H EX
AÑO 2006							SALARIO:	656.846	HO	
MARZO	112	120	22	18	10	6	288	190	98	
ABRIL	60	60	12	12	0	0	144	190	0	
MAYO	122	126	14	18	20	12	312	190	122	
JUNIO	108	108	14	18	10	6	264	190	74	
JULIO	110	114	34	30	12	12	312	190	122	
AGOSTO	122	126	22	18	0	0	288	190	98	
SEPTIEMBRE	48	48	12	12	0	0	120	190	0	
OCTUBRE	0	0	0	0	0	0	0	190	0	
NOVIEMBRE	72	72	14	18	10	6	192	190	2	
DICIEMBRE	112	120	32	24	12	12	312	190	122	
AÑO 2007							SALARIO:	698.229	HO	
ENERO	124	132	12	12	20	12	312	190	122	
FEBRERO	120	120	24	24	0	0	288	190	98	
MARZO	152	144	16	24	0	0	336	190	146	
ABRIL	100	108	34	30	10	6	288	190	98	
MAYO	108	108	14	18	10	6	264	190	74	
JUNIO	112	120	20	12	12	12	288	190	98	
JULIO	144	144	34	30	2	6	360	190	170	
AGOSTO	120	120	24	24	0	0	288	190	98	
SEPTIEMBRE	130	126	14	18	0	0	288	190	98	
OCTUBRE	72	72	12	12	0	0	168	190	0	
NOVIEMBRE	84	84	14	18	10	6	216	190	26	
DICIEMBRE	124	132	32	24	12	12	336	190	146	
AÑO 2008							SALARIO:	742.985	HO	
ENERO	146	150	24	24	10	6	360	190	170	
FEBRERO	122	126	22	18	0	0	288	190	98	
MARZO	130	126	26	30	12	12	336	190	146	
ABRIL	144	144	24	24	0	0	336	190	146	
MAYO	112	120	22	18	10	6	288	190	98	
JUNIO	118	114	34	30	4	12	312	190	122	
JULIO	134	138	22	18	0	0	312	190	122	
AGOSTO	108	108	26	30	10	6	288	190	98	
SEPTIEMBRE	134	138	22	18	0	0	312	190	122	
OCTUBRE	84	84	2	6	10	6	192	190	2	
NOVIEMBRE	130	126	34	30	4	12	336	190	146	
DICIEMBRE	122	126	24	24	22	18	336	190	146	
AÑO 2009							SALARIO:	799.972	HO	
ENERO	116	108	16	24	0	0	264	190	74	
FEBRERO	132	132	24	24	0	0	312	190	122	
MARZO	120	120	22	18	2	6	288	190	98	
ABRIL	122	126	22	18	12	12	312	190	122	

MAYO	124	132	24	24	20	12	336	190	146	
JUNIO	120	120	12	12	12	12	288	190	98	
JULIO	134	138	24	24	10	6	336	190	146	
AGOSTO	132	132	26	30	10	6	336	190	146	
SEPTIEMBRE	60	60	12	12	0	0	144	190	0	
OCTUBRE	96	96	14	18	10	6	240	190	50	
NOVIEMBRE	108	108	32	24	4	12	288	190	98	
DICIEMBRE	136	144	22	18	10	6	336	190	146	
AÑO 2010							SALARIO:	829.091	HO	
ENERO	116	108	26	30	2	6	288	190	98	
FEBRERO	110	114	22	18	0	0	264	190	74	
MARZO	154	150	24	24	2	6	360	190	170	
ABRIL	114	126	22	18	20	12	312	190	122	
MAYO	132	132	22	18	2	6	312	190	122	
	5.766	5.850	1.074	1.038	348	300	14.376			

Visto el cuadro anterior, se observa que en el ítem de horas extras se verifica que éstas fueron superiores a las 50 en algunos turnos; por ello en la casilla límite de horas extras las que aumentan dicha cantidad de horas se ajustan al número de 50 horas conforme lo establece el artículo literal d) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

Luego, se obtiene un total de 2.180 horas extras con un costo total de \$10.697.386, mientras que el Juzgado Séptimo liquidó un total de \$10.560.456, presentándose una diferencia de \$136.930. Es de recordar que las horas extras fueron liquidadas con un recargo del 25% sobre el valor de la hora ordinaria.

➤ DOMINICALES Y FESTIVOS

La sentencia de segunda instancia revocó el reconocimiento correspondiente a los días festivos, por tal motivo se procede a liquidar los valores por concepto de dominicales, de la siguiente manera:

MES	HD	HN	HD D	HN D	H DF	H NF	TOTAL HORAS (BITÁC ORA)	HOR AS MES	HORAS CON RECAR GO DOMINI CAL	RECAR GO DOMINI CAL x 2
							SALARI	656.8	HORA /	
AÑO 2006							O:	46	190:	3.457
MARZO	112	120	22	18	10	6	288	190	40	276.567
ABRIL	60	60	12	12	0	0	144	190	24	165.940
MAYO	122	126	14	18	20	12	312	190	32	221.253
JUNIO	108	108	14	18	10	6	264	190	32	221.253
JULIO	110	114	34	30	12	12	312	190	64	442.507

AGOSTO	122	126	22	18	0	0	288	190	40	276.567	
SEPTIEMBRE	48	48	12	12	0	0	120	190	24	165.940	
OCTUBRE	0	0	0	0	0	0	0	190	0	0	
NOVIEMBRE	72	72	14	18	10	6	192	190	32	221.253	
DICIEMBRE	112	120	32	24	12	12	312	190	56	387.193	
SALARI 698.2 HORA /											
AÑO 2007							O:	29	190:	3.675	
ENERO	124	132	12	12	20	12	312	190	24	176.395	
FEBRERO	120	120	24	24	0	0	288	190	48	352.789	
MARZO	152	144	16	24	0	0	336	190	40	293.991	
ABRIL	100	108	34	30	10	6	288	190	64	470.386	
MAYO	108	108	14	18	10	6	264	190	32	235.193	
JUNIO	112	120	20	12	12	12	288	190	32	235.193	
JULIO	144	144	34	30	2	6	360	190	64	470.386	
AGOSTO	120	120	24	24	0	0	288	190	48	352.789	
SEPTIEMBRE	130	126	14	18	0	0	288	190	32	235.193	
OCTUBRE	72	72	12	12	0	0	168	190	24	176.395	
NOVIEMBRE	84	84	14	18	10	6	216	190	32	235.193	
DICIEMBRE	124	132	32	24	12	12	336	190	56	411.588	
SALARI 742.9 HORA /											
AÑO 2008							O:	85	190:	3.910	
ENERO	146	150	24	24	10	6	360	190	48	375.403	
FEBRERO	122	126	22	18	0	0	288	190	40	312.836	
MARZO	130	126	26	30	12	12	336	190	56	437.970	
ABRIL	144	144	24	24	0	0	336	190	48	375.403	
MAYO	112	120	22	18	10	6	288	190	40	312.836	
JUNIO	118	114	34	30	4	12	312	190	64	500.537	
JULIO	134	138	22	18	0	0	312	190	40	312.836	
AGOSTO	108	108	26	30	10	6	288	190	56	437.970	
SEPTIEMBRE	134	138	22	18	0	0	312	190	40	312.836	
OCTUBRE	84	84	2	6	10	6	192	190	8	62.567	
NOVIEMBRE	130	126	34	30	4	12	336	190	64	500.537	

DICIEMBRE	122	126	24	24	22	18	336	190	48	375.403	
							SALARIO:	799.9	HORA /		
AÑO 2009							O:	72	190:	4.210	
ENERO	116	108	16	24	0	0	264	190	40	336.830	
FEBRERO	132	132	24	24	0	0	312	190	48	404.196	
MARZO	120	120	22	18	2	6	288	190	40	336.830	
ABRIL	122	126	22	18	12	12	312	190	40	336.830	
MAYO	124	132	24	24	20	12	336	190	48	404.196	
JUNIO	120	120	12	12	12	12	288	190	24	202.098	
JULIO	134	138	24	24	10	6	336	190	48	404.196	
AGOSTO	132	132	26	30	10	6	336	190	56	471.562	
SEPTIEMBRE	60	60	12	12	0	0	144	190	24	202.098	
OCTUBRE	96	96	14	18	10	6	240	190	32	269.464	
NOVIEMBRE	108	108	32	24	4	12	288	190	56	471.562	
DICIEMBRE	136	144	22	18	10	6	336	190	40	336.830	
							SALARIO:	829.0	HORA /		
AÑO 2010							O:	91	190:	4.364	
ENERO	116	108	26	30	2	6	288	190	56	488.727	
FEBRERO	110	114	22	18	0	0	264	190	40	349.091	
MARZO	154	150	24	24	2	6	360	190	48	418.909	
ABRIL	114	126	22	18	20	12	312	190	40	349.091	
MAYO	132	132	22	18	2	6	312	190	40	349.091	
	5.7	5.8	1.0	1.0	34	30				16.472.703	
	66	50	74	38	8	0	14.376		2.112	3	

Se obtiene un total de 2.112 horas dominicales con un costo total de \$16.472.703, mientras que el Juzgado Séptimo liquida un total de \$8.012.053, presentándose una diferencia de \$8.460.650. Vale la pena precisar que el Juzgado realizó la liquidación en base al 100% del valor de la hora, mientras que el Tribunal lo realiza por el 200%, de conformidad con el artículo 38 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Conforme a certificación anexa al expediente, de fecha 04 de octubre de 2012, expedida por el Líder de Proyecto de la Unidad de Gestión Humana del Municipio de Manizales, se tiene que el Municipio de Manizales canceló por concepto de Dominicales, desde el mes de marzo 2016 a mayo de 2010, un valor de \$6.600.745, el cual será abonado en la liquidación final realizada por el Tribunal Administrativo de Caldas.

PERIODO	DOMINICAL
---------	-----------

mar-06	131.369
abr-06	153.264
may-06	131.370
jun-06	109.475
jul-06	153.264
ago-06	109.475
sep-06	43.790
oct-06	0
nov-06	109.475
dic-06	153.264
ene-07	137.255
feb-07	91.504
mar-07	120.356
abr-07	186.195
may-07	93.097
jun-07	139.646
jul-07	139.646
ago-07	139.646
sep-07	69.823
oct-07	69.823
nov-07	116.372
dic-07	162.920
ene-08	148.597
feb-08	99.064
mar-08	173.363
abr-08	99.064
may-08	173.363
jun-08	173.363
jul-08	99.064
ago-08	173.363
sep-08	99.064
oct-08	0
nov-08	173.363
dic-08	148.597
ene-09	159.994
feb-09	106.663
mar-09	159.994
abr-09	159.994
may-09	186.660
jun-09	133.329
jul-09	133.328
ago-09	159.994
sep-09	53.331
oct-09	133.328
nov-09	186.660
dic-09	159.994
ene-10	193.454
feb-10	110.546

mar-10	138.182
abr-10	138.182
may-10	165.818
TOTAL	6.600.745

➤ **Reliquidación De Prestaciones Sociales**

Acorde con el Decreto Ley 1045 de 1978, las horas extras, recargos y dominicales, sólo son factor salarial para el pago de las cesantías. Por tanto, se procede a liquidar el correspondiente valor con base a los valores calculados en las horas extras, dominicales y recargos nocturnos, de la siguiente manera:

MES	HED x 1.25	RECAR GO DOMINIC AL x 2	RECAR GO NOCTURN O x 0.35	TOTAL BASE CESANTÍ AS	CESANTÍ AS /12
AÑO 2006					
MARZO	216.068	276.567	166.977	659.612	54.968
ABRIL	0	165.940	87.119	253.059	21.088
MAYO	216.068	221.253	174.237	611.558	50.963
JUNIO	216.068	221.253	152.457	589.779	49.148
JULIO	216.068	442.507	174.237	832.812	69.401
AGOSTO	216.068	276.567	174.237	666.872	55.573
SEPTIEMB RE	0	165.940	72.599	238.539	19.878
OCTUBRE	0	0	0	0	0
NOVIEMB RE	8.643	221.253	108.898	338.794	28.233
DICIEMBR E	216.068	387.193	174.237	777.498	64.792
AÑO 2007					
ENERO	229.681	176.395	185.214	591.290	49.274
FEBRERO	229.681	352.789	185.214	767.684	63.974
MARZO	229.681	293.991	216.084	739.755	61.646
ABRIL	229.681	470.386	177.497	877.564	73.130
MAYO	229.681	235.193	162.063	626.936	52.245
JUNIO	229.681	235.193	169.780	634.653	52.888
JULIO	229.681	470.386	223.801	923.867	76.989
AGOSTO	229.681	352.789	185.214	767.684	63.974
SEPTIEMB RE	229.681	235.193	185.214	650.088	54.174
OCTUBRE	0	176.395	108.042	284.436	23.703
NOVIEMB RE	119.434	235.193	131.194	485.820	40.485
DICIEMBR E	229.681	411.588	200.649	841.917	70.160
AÑO 2008					

ENERO	244.403	375.403	238.146	857.952	71.496
FEBRERO	244.403	312.836	197.087	754.325	62.860
MARZO	244.403	437.970	213.510	895.883	74.657
ABRIL	244.403	375.403	229.934	849.740	70.812
MAYO	244.403	312.836	188.875	746.113	62.176
JUNIO	244.403	500.537	197.087	942.027	78.502
JULIO	244.403	312.836	213.510	770.749	64.229
AGOSTO	244.403	437.970	188.875	871.248	72.604
SEPTIEMBRE	244.403	312.836	213.510	770.749	64.229
OCTUBRE	9.776	62.567	123.179	195.522	16.294
NOVIEMBRE	244.403	500.537	213.510	958.451	79.871
DICIEMBRE	244.403	375.403	205.298	825.104	68.759
AÑO 2009					
ENERO	263.149	336.830	194.520	794.499	66.208
FEBRERO	263.149	404.196	229.887	897.232	74.769
MARZO	263.149	336.830	203.361	803.340	66.945
ABRIL	263.149	336.830	212.203	812.182	67.682
MAYO	263.149	404.196	229.887	897.232	74.769
JUNIO	263.149	202.098	194.520	659.766	54.981
JULIO	263.149	404.196	238.728	906.074	75.506
AGOSTO	263.149	471.562	238.728	973.440	81.120
SEPTIEMBRE	0	202.098	106.102	308.200	25.683
OCTUBRE	263.149	269.464	167.994	700.607	58.384
NOVIEMBRE	263.149	471.562	194.520	929.231	77.436
DICIEMBRE	263.149	336.830	238.728	838.707	69.892
AÑO 2010					
ENERO	272.727	488.727	210.764	972.218	81.018
FEBRERO	272.727	349.091	201.600	823.418	68.618
MARZO	272.727	418.909	265.745	957.382	79.782
ABRIL	272.727	349.091	219.927	841.746	70.145
MAYO	272.727	349.091	229.091	850.909	70.909
TOTALES	10.677.70	16.472.70	9.413.791	36.564.2	3.047.022

La liquidación arroja un valor de cesantías de \$ 3.047.022.

Se tiene en valor total de \$39.611.286 por los valores calculados en horas extras, dominicales, recargos nocturnos y cesantías, a los cuales se les aplica el descuento correspondiente a seguridad social (Salud 4% y Pensión 4%), para un total en la liquidación de \$ 36.686.145, conforme al siguiente cuadro:

CONCEPTO	VALOR
HORAS EXTRAS	10.677.770

DOMINICALES	16.472.703
RECARGO NOCTURNO	9.413.791
CESANTIAS	3.047.022
SUB TOTAL	39.611.286
SEG. SOCIAL 8%	2.925.141
TOTAL	36.686.145

Se procede a realizar la indexación correspondiente a estos valores y confrontarlos con los valores pagados en la Resolución 292 del 03 de julio de 2015, por medio de la cual el municipio de Manizales ordenó el pago de las prestaciones salariales al señor Germán Gómez Montoya y los valores previamente reconocidos por concepto de dominicales (\$ 6.600.745) y recargo nocturno (\$7.848.302), para un total de \$14.449.047, conforme a certificación de fecha 04 de octubre de 2012, expedida por el Líder de Proyecto de la Unidad de Gestión Humana del Municipio de Manizales.

LIQUIDACION FINAL CONSOLIDADA

MES	HED x 1.25	RECA RGO DOMI NICA L x 2	RECA RGO NOCT URNO x 0.35	CESA NTÍA S /12	DESC UENT O SEGU RIDAD SOCIAL	TOTA L	PAGO S CERTI FICAD OS RECA RGOS Y DOMI NICAL ES	SALD O A PAG AR	IPC INI CIA L	IP C FI NAL	FA CT OR	VAL OR INDE XAD O
AÑO 2006												
MARZ O	216.0 68	276.56 7	166.97 7	54.96 8	52.769	661.81 0	286.549	375.2 61	59,8 3	83, 00	1,38 73	520.58 7
ABRIL	0	165.94 0	87.119	21.08 8	20.245	253.90 2	291.201	37.29 9	60,0 9	83, 00	1,38 13	- 51.520
MAYO	216.0 68	221.25 3	174.23 7	50.96 3	48.925	613.59 7	286.550	327.0 47	60,2 9	83, 00	1,37 67	450.23 8
JUNIO	216.0 68	221.25 3	152.45 7	49.14 8	47.182	591.74 4	253.160	338.5 84	60,4 8	83, 00	1,37 24	464.65 8
JULIO	216.0 68	442.50 7	174.23 7	69.40 1	66.625	835.58 8	302.697	532.8 91	60,7 3	83, 00	1,36 67	728.30 4
AGOS TO	216.0 68	276.56 7	174.23 7	55.57 3	53.350	669.09 4	253.160	415.9 34	60,9 6	83, 00	1,36 15	566.31 5
SEPTI EMBR E	0	165.94 0	72.599	19.87 8	19.083	239.33 4	95.517	143.8 17	61,1 4	83, 00	1,35 75	195.23 7
OCTU BRE	0	0	0	0	0	0	0	0	61,0 5	83, 00	1,35 95	0

NOVIE MBRE	8.643	221.25 3	108.89 8	28.23 3	27.104	339.92 4	224.423	115.5 01	61,1 9	83, 00	1,35 64	156.66 9
DICIE MBRE	216.0 68	387.19 3	174.23 7	64.79 2	62.200	780.09 0	296.949	483.1 41	61,3 3	83, 00	1,35 33	653.85 1
AÑO 2007												
ENER O	229.6 81	176.39 5	185.21 4	49.27 4	47.303	593.26 1	311.397	281.8 64	61,8 0	83, 00	1,34 30	378.55 5
FEBRE RO	229.6 81	352.78 9	185.21 4	63.97 4	61.415	770.24 3	235.622	534.6 21	62,5 3	83, 00	1,32 74	709.63 7
MARZ O	229.6 81	293.99 1	216.08 4	61.64 6	59.180	742.22 1	296.967	445.2 54	63,2 9	83, 00	1,31 14	583.91 7
ABRIL	229.6 81	470.38 6	177.49 7	73.13 0	70.205	880.48 9	332.824	547.6 65	63,8 5	83, 00	1,29 99	711.92 1
MAYO	229.6 81	235.19 3	162.06 3	52.24 5	50.155	629.02 6	251.945	377.0 81	64,0 5	83, 00	1,29 59	488.64 5
JUNIO	229.6 81	235.19 3	169.78 0	52.88 8	50.772	636.76 9	310.713	326.0 56	64,1 2	83, 00	1,29 44	422.06 2
JULIO	229.6 81	470.38 6	223.80 1	76.98 9	73.909	926.94 7	292.384	634.5 63	64,2 3	83, 00	1,29 22	820.00 2
AGOS TO	229.6 81	352.78 9	185.21 4	63.97 4	61.415	770.24 3	304.603	465.6 40	64,1 4	83, 00	1,29 40	602.55 9
SEPTI EMBR E	229.6 81	235.19 3	185.21 4	54.17 4	52.007	652.25 5	222.561	429.6 94	64,2 0	83, 00	1,29 28	555.52 3
OCTU BRE	119.4 34	235.19 3	108.04 2	23.70 3	22.755	285.38 5	149.247	136.1 38	64,2 0	83, 00	1,29 28	176.00 3
NOVIE MBRE	119.4 34	235.19 3	131.19 4	40.48 5	38.866	487.44 0	238.562	248.8 78	64,5 1	83, 00	1,28 66	320.21 2
DICIE MBRE	229.6 81	411.58 8	200.64 9	70.16 0	67.353	844.72 4	321.767	522.9 57	64,8 2	83, 00	1,28 05	669.63 0
AÑO 2008												
ENER O	244.4 03	375.40 3	238.14 6	71.49 6	68.636	860.81 2	311.125	549.6 87	65,5 1	83, 00	1,26 70	696.44 4
FEBRE RO	244.4 03	312.83 6	197.08 7	62.86 0	60.346	756.84 0	261.592	495.2 48	66,5 0	83, 00	1,24 81	618.12 9
MARZ O	244.4 03	437.97 0	213.51 0	74.65 7	71.671	898.87 0	309.887	588.9 83	67,0 4	83, 00	1,23 81	729.20 0
ABRIL	244.4 03	375.40 3	229.93 4	70.81 2	67.979	852.57 3	268.094	584.4 79	67,5 1	83, 00	1,22 94	718.58 6
MAYO	244.4 03	312.83 6	188.87 5	62.17 6	59.689	748.60 0	335.891	412.7 09	68,1 4	83, 00	1,21 81	502.71 3
JUNIO	244.4 03	500.53 7	197.08 7	78.50 2	75.362	945.16 7	322.889	622.2 78	68,7 3	83, 00	1,20 76	751.47 8
JULIO	244.4 03	312.83 6	213.51 0	64.22 9	61.660	773.31 8	255.090	518.2 28	69,0 6	83, 00	1,20 19	622.83 5
AGOS TO	244.4 03	437.97 0	188.87 5	72.60 4	69.700	874.15 2	342.392	531.7 60	69,1 9	83, 00	1,19 96	637.89 7

SEPTI EMBR E	244.4 03	312.83 6	213.51 0	64.22 9	61.660	773.31 8	281.096	492.2 22	69,0 6	83, 00	1,20 19	591.57 9
OCTU BRE	9.776	62.567	123.17 9	16.29 4	15.642	196.17 4	45.507	150.6 67	69,3 0	83, 00	1,19 77	180.45 3
NOVIE MBRE	244.4 03	500.53 7	213.51 0	79.87 1	76.676	961.64 5	355.395	606.2 50	69,4 9	83, 00	1,19 44	724.11 6
DICIE MBRE	244.4 03	375.40 3	205.29 8	68.75 9	66.008	827.85 5	324.127	503.7 28	69,8 0	83, 00	1,18 91	598.98 9
AÑO 2009												
ENER O	263.1 49	336.83 0	194.52 0	66.20 8	63.560	797.14 7	348.988	448.1 59	70,2 1	83, 00	1,18 22	529.79 9
FEBRE RO	263.1 49	404.19 6	229.88 7	74.76 9	71.779	900.22 3	288.657	611.5 66	70,8 0	83, 00	1,17 23	716.94 8
MARZ O	263.1 49	336.83 0	203.36 1	66.94 5	64.267	806.01 8	332.655	473.3 63	71,1 5	83, 00	1,16 65	552.20 2
ABRIL	263.1 49	336.83 0	212.20 3	67.68 2	64.975	814.88 9	330.322	484.5 67	71,3 8	83, 00	1,16 28	563.45 0
MAYO	263.1 49	404.19 6	229.88 7	74.76 9	71.779	900.22 3	375.654	524.5 69	71,3 9	83, 00	1,16 26	609.87 8
JUNIO	263.1 49	202.09 8	194.52 0	54.98 1	52.781	661.96 6	301.323	360.6 43	71,3 5	83, 00	1,16 33	419.52 8
JULIO	263.1 49	404.19 6	238.72 8	75.50 6	72.486	909.09 4	336.321	572.7 73	71,3 2	83, 00	1,16 38	666.57 5
AGOS TO	263.1 49	471.56 2	238.72 8	81.12 0	77.875	976.68 4	348.987	627.6 97	71,3 5	83, 00	1,16 33	730.18 8
SEPTI EMBR E	0	202.09 8	106.10 2	25.68 3	24.656	309.22 7	144.328	164.8 99	71,2 8	83, 00	1,16 44	192.01 2
OCTU BRE	263.1 49	269.46 4	167.99 4	58.38 4	56.049	702.94 2	280.323	422.6 19	71,1 9	83, 00	1,16 59	492.72 9
NOVIE MBRE	263.1 49	471.56 2	194.52 0	77.43 6	74.338	932.32 8	340.654	591.6 74	71,1 4	83, 00	1,16 67	690.31 4
DICIE MBRE	263.1 49	336.83 0	238.72 8	69.89 2	67.097	841.50 3	320.988	520.5 15	71,2 0	83, 00	1,16 57	606.78 0
AÑO 2010												
ENER O	272.7 27	488.72 7	210.76 4	81.01 8	77.777	975.45 9	374.818	600.6 41	71,6 9	83, 00	1,15 78	695.40 0
FEBRE RO	272.7 27	349.09 1	201.60 0	68.61 8	65.873	826.16 3	284.655	541.5 08	72,2 8	83, 00	1,14 83	621.82 0
MARZ O	272.7 27	418.90 9	265.74 5	79.78 2	76.591	960.57 3	348.564	612.0 09	72,4 6	83, 00	1,14 55	701.03 2
ABRIL	272.7 27	349.09 1	219.92 7	70.14 5	67.340	844.55 1	341.309	503.2 42	72,7 9	83, 00	1,14 03	573.83 0
MAYO	272.7 27	349.09 1	229.09 1	70.90 9	68.073	853.74 6	378.618	475.1 28	72,8 7	83, 00	1,13 90	541.17 7

	10.67	16.472.	9.413.7	3.047.	2.925.1	36.686	14.449.	22.23			TO	
	7.770	703	91	022	41	.145	047	7.098			TA	27.399
											L	.085

Se tiene entonces que, una vez detraídos los pagos correspondientes a dominicales y recargos nocturnos por valor de \$14.449.047, se tiene un valor adeudado de \$22.237.098, el cual, al ser debidamente indexado mes a mes con base en el IPC de la fecha de ejecutoria de la sentencia (16/01/2015), asciende a \$27.399.085, valor al cual se aplican los intereses moratorios hasta la fecha del pago de la obligación, de la siguiente manera:

CAPITAL	27.399.085
INTERESES	3.207.220
SALDO	30.606.306

AÑO	MES	DÍAS	TASA CORRIENTE	INTERES MORATORIO	TASA MENSUAL	INTERES MES	INTERES ACUMULADO
2015	ENERO	11	19,21	28,815	2,132%	214.236	214.236
2015	FEBRERO	30	19,21	28,815	2,132%	584.280	798.515
2015	MARZO	30	19,21	28,815	2,132%	584.280	1.382.795
2015	ABRIL	30	19,37	29,055	2,148%	588.621	1.971.415
2015	MAYO	30	19,37	29,055	2,148%	588.621	2.560.036
2015	JUNIO	30	19,37	29,055	2,148%	588.621	3.148.656
2015	JULIO	3	19,26	28,89	2,137%	58.564	3.207.220

El saldo final del crédito, una vez calculados los intereses moratorios asciende a \$30.606.306, mientras que la Resolución 292 del 03 de julio de 2015, por medio de la cual el municipio de Manizales ordenó el pago de las prestaciones salariales al señor Germán Gómez Montoya, liquidó un pago por valor de \$35.860.926, incluido el valor de las cesantías, **presentándose un pago en exceso por valor de \$5.254.620.**

Solución

Una vez revisada la liquidación efectuada por el contador asignado a la Corporación Judicial, se concluye lo siguiente:

- Frente a las **horas extras nocturnas**, inicialmente la entidad territorial en la liquidación efectuada, no determina las horas extras si son nocturnas o diurnas, simplemente discrimina al número de horas laboradas con posterioridad a las 176 horas. De otro lado, como fue advertido en precedente, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 1042 de 1978, las horas extras nocturnas solo están

consagradas para los trabajadores que prestan sus servicios ordinariamente en la jornada diurna. Luego, como el ejecutante laboraba en jornada mixta, no es posible otorgar el reconocimiento de extras nocturnas de conformidad con el artículo 35 del citado Decreto.

- Respecto de **recargos nocturnos** el municipio de Manizales, canceló por el periodo del 2016 a mayo de 2010 un valor de \$7.848.302, el cual fue abonado a la liquidación final, teniendo en cuenta que la liquidación efectuada por el Tribunal obtuvo un total de \$6.888 horas con un recargo nocturno del (35%) y un costo final de \$9.413.791. A su vez, el Juzgado de Primera instancia no liquidó dicho rubro.
- En la liquidación de las **horas extras**, el tribunal asignó un costo total de \$10.697.386, mientras que el Juzgado Séptimo liquida un total de \$10.560.456, presentándose una diferencia de \$136.930. A su vez, se tiene que el municipio de Manizales, determinó el número de horas que excedían después de las 176 horas. Teniendo en cuenta como extras las que excedían de 50 horas.
- Los festivos no fueron liquidados porque su reconocimiento fue revocado en la sentencia de segunda instancia.
- Los **Dominicales** fueron liquidados por el Tribunal con base en un valor del 200% de la hora, lo cual arrojó un costo de \$16.472.703. Por su parte como el Juzgado liquidó dicho rubro sobre el 100% arrojó un valor inferior, esto es, por \$8.012.053. Por su parte el municipio de Manizales, reconoció un valor por dicho concepto de \$6.600.745.
- La reliquidación de prestaciones sociales, se efectuó respecto a las cesantías, ya que las horas extras, recargos y dominicales, sólo son factor salarial de este. Por lo anterior no le asiste razón al recurrente al advertir que se deben liquidar otras prestaciones sociales. En este sentido, su liquidación arrojó un valor de \$3.047.022.
- Una vez efectuada la liquidación total donde se incluyó valores calculados en horas extras, dominicales, recargos nocturnos y cesantías; deduciendo con valor correspondiente a seguridad social (salud y pensión); arrojó un valor total de \$36.686.145. A su vez, de éste último valor se dedujo el abono efectuado por el municipio de Manizales, por concepto de dominicales y recargo nocturno; mismo que fue debidamente calculado mes a mes con base en el IPC de la fecha de ejecutoria de la sentencia (16/01/2015), el cual asciende a \$27.399.085.
- Sobre dicho capital se calcularon intereses moratorios desde el año 2015, hasta la fecha de pago de la obligación por un valor de \$3.207.220. En consecuencia, el capital más los intereses sumaron un valor de \$30.606.306. y conforme a las Resolución 292 del 3 de julio de 2015, el acto administrativo que dio cumplimiento a la orden judicial ordenó el reconocimiento y pago por las acreencias laborales y reliquidación de prestaciones sociales mencionadas por un valor superior de \$35.860.925.

- En este sentido, es diáfano concluir que conforme a la Resolución 291 del 3 de julio del 2015, el municipio de Manizales, reconoció y pagó **un valor superior en general** en cuanto a la liquidación arrojada por las horas extras, dominicales, recargo nocturno y cesantías; teniendo en cuenta que los valores fueron debidamente indexados.

Es por ello que se dispondrá a CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales que denegó librar el mandamiento de pago.

Es por ello que,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que Negó librar el mandamiento de pago, dentro de la demanda ejecutiva promovida por GERNMÁN GÓMEZ MONTOYA en contra del MUNICIPIO DE MANIZALES.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente con permiso)

República de Colombia



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda instancia

Acción: Popular
Demandante: Carmen Amalia Cortés Sánchez
Demandados: Municipio de Manizales y Corpocaldas
Radicado: 17-001-33-33-004-2019-00376-02
Acto judicial: Sentencia 144

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

§01. **Síntesis:** La parte demandante pretende se realice un muro de contención para evitar el riesgo que corren sus viviendas por una quebrada. La sentencia de primera instancia accedió a las pretensiones, pero dispuso el desalojo y reubicación de la accionantes, debido a que ocupa una faja de protección de cauce y la zona es de amenaza alta. Las entidades demandadas apelaron para que se revoque la sentencia porque se amparó el derecho individual de la actora, no se trata de derechos colectivos, o se amplíen los plazos del cumplimiento de las órdenes. La Sala confirma la sentencia y amplía el plazo para ejecutar las órdenes dadas en la sentencia.

§02. La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de Segunda instancia para decidir el recurso de apelación en interpuesto por las entidades Corpocaldas y Municipio de Manizales, en contra de la sentencia del 8 de febrero de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales en el asunto de la referencia.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. La parte accionante pretende la protección de los derechos colectivos al medio ambiente, la moralidad administrativa, la prevención de desastres previsibles técnicamente, la seguridad y la salubridad públicas.

§04. En consecuencia, se ordene al municipio de Manizales se realizar obras tendientes a: **(i)** al monitoreo y mantenimiento de la ladera, el talud y la socavación generada por la quebrada El Palo, donde se encuentra su vivienda ubicada en la carrera 7 11-120 del municipio de Manizales; **(ii)** se controle la corriente de la quebrada El Palo para que no continúe afectando la margen izquierda donde queda ubicada la vivienda; **(iii)** se efectúe una adecuada recolección de aguas superficiales de techos, bajantes, redes internas de alcantarillado y acueducto; **(iv)** se construya una obra de protección lateral de orillas, que logre dar apoyo y soporte al sector generando una superficie que soporte en parte el talud afectado; y, **(v)** monitorear constantemente las condiciones de afluentes en temporadas de alta pluviosidad y

¹ Expediente Digital SegundaInstanciaExoe01C1Fls1A178 Pág. 2- 13

mantener la protección lateral de las orillas a lo largo de toda la quebrada; según las sugerencias de la entidad CORPOCALDAS.

§05. En los hechos la parte demandante indicó que: **(i)** desde el mes de abril de 2017 ha informado a la alcaldía de Manzanares el riesgo que se presenta la socavación generada por quebrada El Palo, la cual pasa por el lado de su vivienda, en la carrera 7 11-120, lo que ha venido presentado varios deslizamientos de tierra; **(ii)** El 22 de julio de 2017 por parte de Corpocaldas se realizó visita y se efectuaron las recomendaciones de construcción de un muro de protección y controlar la captación de aguas de la vivienda de la actora; **(iii)** el 5 de septiembre de 2018 el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manzanares comunicó que se encontraban en riesgo inminente la vivienda de la demandante por el paso del río y por el desprendimiento de tierra que éste causa; **(iv)** el 3 de abril de 2019 la actora solicitó a la alcaldía la realización de las obras; **(v)** el 13 de abril de 2019, el Secretario de Planeación e Infraestructura del municipio le informó a la demandante que no cuenta con los recursos para realizar estas obras.

1.2. Contestaciones

1.2.1. Municipio de Manzanares²

§06. Solicitó se nieguen las pretensiones, y aceptó los hechos concernientes a las solicitudes elevadas por la parte actora como sus respuestas, por lo que advirtió a la actora que debe evacuar la vivienda, y no se cuenta con los recursos para la realización de las obras.

§07. Sobre el sector que se presenta la problemática señaló: **(i)** En el sector del coliseo existen pocas viviendas que son las que presentan algún tipo o grado de riesgo en virtud del paso de la quebrada y del talud existente en el lugar. **(ii)** Que hasta el momento no ha sucedido ningún evento de riesgo dentro del mismo; no obstante, lo anterior algunos residentes del barrio han colocado de presente su preocupación ante la posibilidad de derrumbe de la ladera y evitar lo que ha pasado en otras regiones del país, razón por la cual se le ha cancelado varios meses de arrendamiento a sus moradores quienes luego de un tiempo deciden regresar a sus casas. **(iii)** Se ha pedido apoyo, recursos y diagnóstico a CORPOCALDAS con el fin de conocer las posibles situaciones o consecuencias que se pudieren presentar allí, ante lo cual se han expedido varios documentos para priorizar aquellas obras dentro de las actividades de prevención en el sector; **(iv)** Dentro de las recomendaciones que se hizo, fue exponer la situación ante el Consejo Municipal de Gestión de Riesgo lo cual se hizo desde finales del mes de septiembre del año pasado. **(v)** Dentro de las determinaciones del comité fue acudir a CORPOCALDAS como autoridad ambiental de dicha materia para obtener los recursos necesarios bajo la figura de cofinanciación y poder tomar algunas medidas en el lugar, como inmediatas; **(vi)** Desde el pasado mes de mayo se le hizo la advertencia a la señora hoy accionante que debía evacuar aquella vivienda y que de ser necesario se le cubrirían los cánones de arrendamiento en otra vivienda con mejores condiciones para ella y su núcleo familiar, sin que a la fecha haya tomado decisión al respecto para la protección de su vida y demás miembros de su hogar.”

§08. Propuso las excepciones de: **(i) Inexistencia de Violación de Derechos e Intereses Colectivos, de Obras Eficientes y Oportunas, de Prevención de Desastres en el Sector señalado por la Accionante;** y, **(ii) Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva y Genérica** debido a que lo pretendido no es de su competencia.

² Expediente Digital SegundainstanciaExoe01C1Fls1A178 Pág. 42-47

1.2.2. Corpocaldas³

§09. Se opuso a las pretensiones de la demanda, admitió que la situación de riesgo en la cual se encuentra la vivienda y que la única solución definitiva para los accionantes es la reubicación.

§10. La corporación con base en los informes y visitas efectuadas al lugar, explicó que: **(i)** se le ha informado a los accionantes que deben desocupar su vivienda e incluso, mediante oficio del 25 de octubre de 2019 se les realizó ofrecimiento de vivienda por parte de la autoridad municipal, el cual fue declinado por la actora popular y su esposo; **(ii)** la recomendación definitiva es la reubicación de la vivienda construida en la corona del talud que se extiende desde la quebrada hasta la vía, ocupando la faja forestal o ronda hídrica de dicho afluente según consta en las fotos; **(iii)** el sitio donde se localiza la casa está en la zona de Riesgo Alto por inundación (debido al curso de la quebrada El Palo que discurre a escasos metros en distancia horizontal de la casa); **(iv)** al Municipio le compete velar por el respeto de dicha faja de protección, pues las edificaciones ubicadas dentro de la faja forestal protectora, son vulnerables a la ocurrencia de eventos pluviométricos extremos, por lo que el eventual riesgo debe analizarse a partir de la vulnerabilidad, que para el presente caso lo constituye la infraestructura dispuesta en la faja de protección (vivienda de la accionante – elemento expuesto).

§11. Propuso las excepciones de: **(i) Improcedencia de la Acción Popular para Tratar Asuntos Particulares e Individuales; (ii) Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de Corpocaldas para la Protección que se invoca; (iii) Falta de Competencia de Corpocaldas para la solución definitiva por Protección de Fajas Protectora de Cauces.**

1.2. Sentencia de primera instancia⁴

§12. El 8 de febrero del 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito, profirió sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR No Probadas Las Excepciones Propuestas Por CORPOCALDAS De IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR POR TRATAR ASUNTOS PARTICULARES E INDIVIDUALES, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE CORPOCALDAS PARA LA PROTECCIÓN QUE SE INVOCA, FALTA DE COMPETENCIA DE CORPOCALDAS PARA LA SOLUCIÓN DEFINITIVA POR PROTECCIÓN DE FAJAS PROTECTORAS DE CAUCES.

De Igual Forma No Se DECLARAN Probadas Las Excepciones Propuestas Por El MUNICIPIO DE MANZANARES De INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, DE OBRAS EFICIENTES Y OPORTUNAS, DE PREVENCIÓN DE DESASTRES EN EL SECTOR SEÑALADO POR LA ACCIONANTE Y LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

SEGUNDO: DECLÁRESE Que Existe Vulneración De Los Derechos Colectivos A 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, Al Goce Del Espacio Público Y La Utilización Y Defensa De Los Bienes De Uso Público, A La Seguridad Y Prevención De Desastres Previsibles Técnicamente, A La Realización De Las Construcciones, Edificaciones Y Desarrollos Urbanos Respetando Las

³ Expediente Digital SegundainstanciaExoe01C1Fls1A178 Pág. 61-88.

⁴ Expediente Digital Segundainstancia 22Sentencia.pdf

Disposiciones Jurídicas, De Manera Ordenada, Y Dando Prevalencia Al Beneficio De La Calidad De Vida De Los Habitantes.

TERCERO: SE ORDENA, lo siguiente:

- Al MUNICIPIO DE MANZANARES y CORPOCALDAS, la realización conjunta de las obras que resulten necesarias en el sector mencionado, entre ellas las indicadas en el Oficio 2017-IE-00015845 del 22/07/2017 expedido por CORPOCALDAS, y de acuerdo a las nuevas recomendaciones que den las autoridades ambientales como CORPOCALDAS y EL COMITÉ DE GESTIÓN DEL RIESGO DEL MUNICIPIO DE MANZANARES, dichas obras deberán ejecutarse dentro del término de seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

- Al ALCALDE DEL MUNICIPIO DE MANZANARES que proceda a restituir el espacio público ocupado por la señora CARMEN AMALIA CORTES SÁNCHEZ y su grupo familiar, asentados en vivienda ubicada en la carrera 7 No. 11-120, barrio El Coliseo del Municipio de Manzanares, sobre la orilla de la Quebrada El Palo.

- A la señora CARMEN AMALIA CORTES SÁNCHEZ y a su familia, que en el término de SEIS (6) meses a partir de la ejecutoria de este fallo, demuela la edificación de su propiedad ubicada en la faja de protección de la Quebrada El Palo, para lo cual deberá recibir la asistencia técnica pertinente por parte de las entidades demandadas.

- El MUNICIPIO DE MANZANARES debe INCLUIR nuevamente a la familia de la señora CARMEN AMALIA CORTES SÁNCHEZ en un programa de vivienda de interés social de manera prioritaria o a corto plazo, sin sobrepasar el lapso de cinco (5) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, de conformidad con las normas sobre la materia, en específico, el artículo 12 de la Ley 1537 de 2012.

- Además, se le ordenará al MUNICIPIO DE MANZANARES para que dentro del término de un (1) mes realice un inventario de las viviendas que se encuentran dentro del espacio público, en alto riesgo, no mitigable, dentro de la franja protectora o la ronda hídrica de la Quebrada El Palo, en el Barrio el Coliseo y se proceda a dar cumplimiento al artículo 56 de la Ley 9 de 1989 sobre reubicación.

- En el evento que la señora CARMEN AMALIA y su familia, se rehúsen DEMOLER el predio o se vuelvan a negar a aceptar su inclusión en un programa de vivienda, el ALCALDE MUNICIPAL, en concurso con las autoridades de policía deberán proceder a su desalojo.

§13. En el análisis jurídico resaltó la protección de los derechos e intereses colectivos, la procedencia de la acción popular y los derechos colectivos invocados.

§14. Del análisis probatorio aportado al expediente determinó lo siguiente: (i) la parte actora elevó solicitudes a las accionadas para realizar obras de mitigación del riesgo generado por la quebrada el Palo; (ii) de acuerdo a los informe técnicos el inmueble de propiedad la accionante ubicada en el barrio El Coliseo, invade la franja de retiro de la Quebrada el Palo del Municipio de Manzanares; (iii) dicha faja de protección o retiro debe permanecer libre de toda actividad humana que pueda ser perjudicial, por tratarse del espacio necesario para el correcto funcionamiento del cuerpo de agua; (iv) se ha recomendado por parte de la entidad Corpocaldas y por el ente municipal se ha ofrecido a la accionante una vivienda para su reubicación con el fin de preservar su vida y sus bienes, sin que sea aceptada por ella, al presentar la “Renuncia al subsidio del proyecto Construcción De Soluciones Habitacionales Para La Reubicación De Población Ubicada En Zonas De Alto Riesgo No Mitigable en el Territorio de oportunidades en el Departamento De Caldas”; (v) la entidad Corpocaldas recomendó la construcción de un muro de protección lateral, sobre la margen izquierda de la Quebrada El Palo, justo en el tramo en donde se presenta la socavación (curva); (vi) se evidenció la necesidad de construcción de obras en el sector, además del desalojo que debe hacer la familia de la accionante, dado el alto riesgo que corren si permanecen en el lugar.

§15. Concluyó que se encontró probado la vulneración de los derechos colectivos por parte del municipio de Manzanares y de la entidad Corpocaldas, ordenando realizar las obras necesarias conforme a las recomendaciones de las autoridades ambientales. A su vez, adelantar las acciones tendientes al desalojo y reubicación de la señora Carmen Amalia Cortez y a su familia, dado la situación de riesgo que presenta.

1.3. La apelación de los demandados

1.4. Corporación Autónoma Corpocaldas⁵

§16. Solicitó sea revocada de la sentencia con base en los siguientes fundamentos: (i) el riesgo que se presenta no versa para toda la comunidad del barrio el Coliseo del municipio de Manzanares, sino, para el inmueble de propiedad de la señora Carmen Amalia Cortés, esto para la protección de un derecho subjetivo, resaltando la necesidad de reubicación de la accionante; (ii) la delimitación de las fajas forestales protectoras de cauces le compete a Corpocaldas, pero el control de la ocupación recae en el municipio; (iii) la entidad ha cumplido en el marco de sus competencias; (iv) la situación que en la actualidad pone en riesgo la casa de la actora, es atribuible a esta y su negación a aceptar la reubicación; y, (v) la declaración rendida por el ingeniero Juan Pablo Zuluaga aclaró que la construcción del muro o pantalla, no garantiza una efectividad del 100% de una obra, ya que la corriente puede desbordar por encima del tipo de obra.

1.5. Municipio de Manzanares⁶

§17. El municipio pidió se revoque la decisión, o se aumenten los plazos para el cumplimiento de la sentencia, según los siguientes razonamientos: (i) se presenta una contradicción en la orden judicial, porque para realizar las obras en el sector en conjunto con CORPOCALDAS, debe ser demolida la construcción, para lo cual se dan seis meses a la misma accionante a efecto que lo haga, que son correlativos con los mismos seis meses que se conceden para la realización de las obras de protección, por ello no se podrían realizar hasta tanto no este demolida la parte del inmueble que invade la zona y/o faja del río; (ii) las obras afectan gravemente el presupuesto de la entidad territorial, además de las obras de mitigación, reubicación, traslado, plan de vivienda a corto plazo, obras estas que podrían estar alrededor de más de 200 millones de pesos, y el presupuesto anual para mitigación es de la mitad, por lo que se debe modular el impacto fiscal, de acuerdo al Plan de Desarrollo y el marco fiscal de mediano plazo.

1.6. Trámite procesal surtido en segunda instancia

§18. Mediante auto del 18 de abril de 2022, se ordenó dar traslado de alegatos a las partes y al Ministerio Público⁷.

§19. La entidad Corpocaldas presentó alegatos de conclusión; el Ministerio Público presentó concepto y las demás partes permanecieron silentes.

§20. **Corpocaldas:** Insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación; respecto al cumplimiento de las obligaciones conforme a la competencia; y a la responsabilidad del municipio frente a la conservación del medio ambiente, y control del espacio público.

⁵ Expediente Digital Segunda instancia 23RecursodeapelaciónCorpocaldas.pdf

⁶ Expediente Digital Segunda instancia 02AutoAdmisiónR

⁷ Expediente digital. 02AutoAdmisiónRyTrasladoAlegatosRecursoyTrasladoAlegatos.pdf

§21. **Ministerio Público**⁸: Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

2. Consideraciones

§22. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998³³ y 152 numeral 16 del CPACA.

2.2. Problema Jurídico

§23. El problema jurídico en esta acción popular hace referencia a determinar si ¿existe una vulneración de los derechos colectivos, por la falta de obras para evitar la socavación de la ladera ubicada en la carrera 7 número 11-120, del municipio de Manzanares, por la quebrada El Palo?

2.4. Marco dogmático

§24. Los derechos colectivos son protegidos por las acciones populares cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas (arts. 78 a 82, 82 CP, L. 472/1998). *“Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.”*⁹

§25. El Honorable Consejo de Estado¹⁰ indicó que los supuestos para la procedencia de las acciones populares son: *“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 la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses”*.

§26. **La seguridad y salubridad públicas** *“... han sido tratados como parte del concepto de orden público. Uno y otro lo constituyen las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos (subrayado del texto).”*¹¹

§27. **La prevención de desastres previsibles técnicamente es un derecho colectivo orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano. Su protección 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**

⁸ Expediente digital. 04ConceptoProcurad

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SALA DÉCIMA ESPECIAL DE DECISIÓN- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 52001-33-31-008-2008-00304-01(AP)REV

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

¹¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA-SUBSECCION C- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO- Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil trece (2013) Número de Radicación: 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP)

comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio.¹²

2.5. Análisis de los elementos de responsabilidad en acciones populares

2.5.1. Sí existe una amenaza a los derechos colectivos de los habitantes de la vereda

§28. Como se verá, sí se probó que hay una amenaza a los habitantes de la vereda La Quebrada el Palo del municipio de Manzanares– Caldas, y no únicamente de la demandante; así como en el predio de la señora Amalia Cortés Sánchez.

§29. Sobre el estado de la zona de interés para el proceso Corpocaldas conceptuó el 9 de enero de 2019 la situación de la vivienda de la demandante, como la vulnerabilidad de la zona y las acciones recomendadas:¹³

“(…) En atención a la solicitud, realizada visita al sector de la vivienda de la Sra. Cortés, se tiene lo siguiente: Dicho inmueble se encuentra localizado enseguida del puente sobre la quebrada El Palo en la vía de salida al municipio de Marulanda (margen derecha del carreteable), sector El Coliseo, suroccidente del municipio de Manzanares (Ver imagen 1). (...) La casa se construyó en la corona del talud que se extiende desde la quebrada hasta la vía, ocupando la faja forestal o ronda hídrica de dicho afluente (Fotos 1 y 2). En el costado Suroccidental de la vivienda se encuentra un plástico que aparentemente cubre el escarpe de un deslizamiento antiguo generado sobre el costado y parte posterior de la vivienda.

(…) De acuerdo con el estudio indicativo de Amenaza, Vulnerabilidad y riesgo contratado por Corpocaldas con la firma Geosub Ltda, para establecer las zonas de riesgo por deslizamiento e inundación en el municipio de Manzanares, el sitio donde se localiza la casa está en la zona de Riesgo Alto por inundación (debido al curso de la quebrada El Palo que discurre a escasos metros en distancia horizontal de la casa, imagen 2).

(…) La corriente en la actualidad se encuentra recostada sobre la margen izquierda, precisamente, en el sector donde se localiza la casa de la Sra. Cortés (foto 3). Si bien no se evidencian episodios recientes de creciente o avenidas torrenciales con afectación sobre dicha orilla (vegetación intacta), si es notoria la acumulación de material en la orilla opuesta lo que genera este efecto sobre la margen sobre la cual existe la casa.

Actualmente la vivienda cuenta con un buen sistema constructivo (mampostería en bloque de cemento confinado por estructura aporticada con columnas y vigas en concreto reforzado). No obstante, tener el desprendimiento en el sector lateral – 25 de la casa, no se ha dado agrietamientos ni daños en la estructura o interior de la vivienda.

RECOMENDACIONES Teniendo en cuenta lo anterior, se recomienda lo siguiente:

- *Con el fin de controlar que la corriente de la quebrada el Palo continúe afectando la margen izquierda donde se ubica la vivienda, se recomienda el retiro del material sobre la margen opuesta y su acomodación sobre la orilla izquierda, generando una protección a base de enrocado. Por razones de riesgo, dicha intervención se puede adelantar sin el permiso previo de Corpocaldas, cuidando de informar a la Corporación dentro de los 6 días siguientes al inicio de los trabajos. En cualquier caso, el retiro del material se debe efectuar removiendo superficialmente dicho depósito; es decir, no generar excavaciones mayores a 30 cm de espesor.*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 26 de marzo del dos mil quince (2015). Rad. Núm.: 15001-23-31-000-2011-00031-01.

¹³ Expediente Digital Segunda instancia Exoe01C1Fls1A178 Pág. 21 y ss

- *Efectuar una adecuada colección de las aguas superficiales de techos, bajantes, redes internas de alcantarillado y acueducto y otras construcciones existentes, de manera que hacia la zona de escarpe, se descarte totalmente el aporte de las mismas con potencial saturación y erosión laminar superficial de la zona de apoyo de la edificación.*
- *Construir una obra de protección lateral de orillas, que logre dar apoyo y soporte al sector superior, generando una superficie (lleno) que soporte en parte el talud afectado.*
- *Se recomienda la construcción de obras de estabilidad de taludes en el punto donde se tiene el escarpe, de manera que se brinde estabilidad a la zona de apoyo directo de la casa en este punto. Mientras esto pueda realizarse, es importante mantener la cobertura con plásticos.*
- *Generar los mecanismos de alertas de las comunidades asentadas a las orillas de la quebrada El Palo, de manera que se prevengan situaciones de desastre por potenciales avenidas torrenciales que se generen desde la cuenca alta por procesos erosivos en dicha zona o potenciales represamientos del cauce. Por lo anterior es importante el monitoreo constante de las condiciones del afluente en temporadas de alta pluviosidad y mantener la protección lateral de orillas o faja forestal protectora a lo largo de toda la quebrada.*

§30. La Secretaría de Planeación del municipio de Manzanares, el 13 de septiembre de 2018 comunicó a la accionante que las obras que se deben ejecutar se encuentran priorizadas por el Comité de Gestión del Riesgo¹⁴. Pero el 13 de abril de 2019, se precisó la imposibilidad de efectuar las obras de estabilización en el sector, en atención a la limitación de los recursos presupuestales que posee para efectuar obras de mitigación.¹⁵

§31. El riesgo en la zona se comprobó en el contrato 292 Corpocaldas -GEOSUB SAS, que tuvo por objeto identificar y caracterizar la amenaza, vulnerabilidad y riesgo para la cabecera municipal, donde especificó: “(...) *Las zonas de Riesgo alto se localizan en las riberas del río Santo Domingo principalmente en el suroccidente y el nororiente de la cabecera municipal, en las zonas aledañas a las quebradas San Antonio, San Roque y el Palo en su cruce por la parte centro y sur de la cabecera municipal (...).*”

§32. El 25 de octubre de 2019, al Secretaría de Planeación del municipio de Manzanares, ofertó el conjunto de casas ubicadas en el barrio Milenio III, para la reubicación de vivienda nueva a la señora Carmen Amalia Cortes Sánchez¹⁶. Pero, el 30 de octubre de 2019 la señora Carmen Amalia Cortés renunció al proyecto¹⁷.

§33. **Los testigos** ingeniero Juan Pablo Zuluaga y el técnico Fabio Cardona Gómez de CORPOCALDAS, describieron **(i)** la vivienda de la demandante y otras se ubican en la faja de la zona de protección de cauces; **(ii)** las fajas forestales tienen las funciones de mantener un equilibrio ecológico y protección de las construcciones; **(iii)** toda la zona de margen correspondiente a la quebrada denominada el Palo presenta condiciones de riesgo por inundación; **(iv)** que la vivienda de la demandante se encuentra a 5 metros del cauce, y es la primera que se encuentra en el flujo de la corriente que genera una curva directa hacia la misma; **(v)** la adopción del muro para la está supeditada a los estudios hidrológicos que corresponden al tema de lluvias correntía y de capacidad de; **(vi)** no es posible garantizar un 100% de efectividad de una obra; **(vii)** se recomienda la construcción de obras, pero lo ideal sería respetar esas distancias mínimas establecidas por faja de protección lateral.

§34. **El testigo** ingeniero Civil Juan Sebastián Vargas Marín, ex Secretario de Planeación del Municipio de Manzanares, explicó: **(i)** la señora Amalia solicitó unas obras de mitigación en la ladera sobre la cual está la vivienda de ella; **(ii)** la vivienda está localizada sobre la zona de protección; **(iii)** A la señora Amalia se le hizo la propuesta de hacer parte de un proyecto de vivienda nueva localizada en la parte alta del municipio, en el barrio

¹⁴ Expediente Digital Segunda instancia Exoe01C1Fls1A178 Pág. 19 y ss

¹⁵ Expediente Digital Segunda instancia Exoe01C1Fls1A178 Pág. 29 y ss

¹⁶ Expediente Digital Segunda instancia Exoe01C1Fls1A178 Pág. 133 y ss

¹⁷ Expediente Digital Segunda instancia Exoe01C1Fls1A178 Pág. 134 y ss

Milenio, la cual ella no aceptó; y, (iv) Corpocaldas conceptúo no es posible realizar esa intervención porque no puede haber viviendas en esta zona.

§35. De esta manera, se comprobó el riesgo de vulneración al derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, de los habitantes del barrio el Coliseo del municipio de Manzanares específicamente en el sector donde se encuentra ubicado el inmueble de propiedad de la accionante en la carrera 7 Número 11-120, al encontrarse en zona de alto riesgo por inundación.

§36. Por lo que no prospera el argumento de la apelación de Corpocaldas en torno a que solo se trata de la protección del derecho individual de la actora.

2.5.2. De las acciones u omisiones de las demandadas

2.5.2.1. Competencias del municipio de Manzanares

§37. Como se observará, a los municipios le corresponde la gestión directa de los riesgos.

§38. El concejo tiene las funciones de reglamentar el uso del suelo. (art. 315.7 CP) Esta competencia se desarrolla a través de la función pública del urbanismo, del ordenamiento territorial y de las acciones urbanísticas inscritas en los planes territoriales, donde se dispone de la clasificación del uso del suelo, la determinación de las zonas no urbanizables por riesgos, la localización de las áreas para la prevención de desastres, y las zonas de importancia ambiental. (arts. 3, 8 L.388/1997).

§39. Entre los determinantes de los planes de ordenamiento están los relacionados con la conservación y protección del ambiente, y la prevención de amenazas y riesgos naturales. En los componentes urbano y rural de los planes de ordenamiento territorial -POT- se establecen los suelos de protección y las áreas expuestas a amenazas y riesgos naturales. Estas zonas hacen parte del suelo de protección. (arts. 10.1, 13.3, 14.3, 35 L.388/1997, 5, 6 D.919/1989).

§40. Los municipios tienen las competencias de adoptar los planes de desarrollo ambiental, como ejercer el control y vigilancia del ambiente. (art. 65 L.99/1993)

§41. Se le suman las atribuciones de “... *prevenir y atender los desastres en su jurisdicción...*”, como “... *adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y reubicación de asentamientos ...*”-sft- (art. 76.9 L.715/2001)

§42. La Ley 1523 de 2012¹⁸, que determina la política nacional para la gestión del riesgo de desastres, estableció: (i) la responsabilidad de los alcaldes en la implementación de los procesos de gestión del riesgo, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres -art. 14-; (ii) crea los consejos municipales de gestión de riesgo, como la incorporación de dicha gestión dentro de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial – arts. 27 y 40-; y, (iii) crea el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo que garantizará el apoyo a las entidades territoriales en sus esfuerzos de conocimiento del riesgo, prevención, mitigación, respuesta y recuperación -art. 50-.

§43. Los municipios, hacen parte del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, por lo cual en sus planes de desarrollo deben integrar el componente de prevención de desastres, y deben dirigir, coordinar y controlar todas las actividades

¹⁸ Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”

administrativas y operativas indispensables para atender las situaciones de desastre regional o local. (arts. 6, 62 D.919/1989, 76.9 L.715/2001)

§44. La Honorable Corte Constitucional¹⁹ definió las siguientes obligaciones municipales en materia de desastres:

“(i) tener una información actual y completa de las zonas de alto riesgo de deslizamientos o derrumbes que se encuentran en su municipio, y (ii) adoptar las medidas necesarias de reubicación en los casos en que personas se encuentren ubicadas en las zonas donde se ponga en riesgo sus derechos por las condiciones del terreno. Así, pues, cuando la vivienda se encuentra en situación que ponga en peligro la vida de las personas, es necesario que “se proceda a la evacuación de las personas para proteger su vida y además será obligación del Estado efectuar los actos administrativos indispensables para que los afectados encuentren otro lugar donde vivir en condiciones parecidas a las que antes disfrutaban.”

2.5.2.2. Competencia de la Corporación Autónoma Regional de Caldas - CORPOCALDAS

§45. Como se explicará, la CAR tiene competencias en la determinación de las rondas hídricas y las fajas forestales protectoras de los cauces hídricos, como también de asesoría a los municipios en materia de riesgos.

§46. El artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1077 ordena que las Corporaciones Autónomas Regionales y las autoridades ambientales de las entidades territoriales, tendrán a su cargo el manejo de los recursos naturales, y la definición de las normas técnicas para la conservación, preservación y recuperación de los elementos naturales del espacio público.

§47. El artículo 2.2.3.1.5.1.1.2. del mismo Decreto 1077, incluye dentro de las áreas para la conservación y preservación del sistema hídrico, los elementos naturales relacionados con las corrientes de agua, tales como las RONDAS HÍDRICAS.

§48. El artículo 83 del Decreto 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables, establece que, *“... salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: (...) una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos hasta de 30 metros de ancho...”*

§49. El artículo 5 del Decreto 1504 de 1998 precisa que *“... la Ronda Hídrica es un elemento que conforma el espacio público”*.

§50. El artículo 2.2.1.1.1.8.2 del Decreto 1076 de 2015 establece como obligaciones de los propietarios de predios: *“... Mantener en cobertura boscosa dentro del predio las áreas forestales protectoras. (...) Se entiende por áreas forestales protectoras: (...) b) Una faja no inferior a 30 metros de ancho, paralela a las líneas de mareas máximas, a cada lado de los cauces de los ríos, quebradas y arroyos, sean permanentes o no, y alrededor de los lagos o depósitos de agua...”*

§51. El artículo 1º del Decreto 2245 de 2017 estableció *“... los criterios técnicos con base en los cuales las Autoridades Ambientales competentes realizarán los estudios para el acotamiento de las rondas hídricas en el área de su jurisdicción.”*

¹⁹ Ibidem.

§52. A pesar que CORPOCALDAS definió las *RONDAS HÍDRICAS* por la Resolución 77 de 2011²⁰, esta fue derogada por la Resolución 2020-0193²¹, donde señaló que “... *el acotamiento de estas son competencia de CORPOCALDAS con el fin de preservar la función ecosistémica y de prevención del riesgo de los cauces naturales, mientras que el mantenimiento en cobertura boscosa en áreas forestales protectoras es competencia de los propietarios de predios rurales para la conservación de los recursos naturales y de las Administraciones Municipales en lo relacionado con la reglamentación de los usos del suelo.*”

§53. De esta manera, CORPOCALDAS tiene competencia para la definición de los criterios para la delimitación de las rondas hídricas y las fajas forestales protectoras.

§54. Por otro lado, el artículo 31 de la Ley 1523 de 2012²², integra a las Corporaciones Autónomas Regionales en el sistema de Gestión del Riesgo, y les ordena la labor de apoyar a las entidades territoriales de la jurisdicción ambiental, en los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo.

§55. Aparte de lo anterior, el Consejo de Estado²³ señaló que las CAR pueden tener competencias indirectas de apoyo y acompañamiento: “... *la distribución de funciones expuesta tampoco implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan la competencia que de manera directa corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres, sino que se circunscribe al apoyo y acompañamiento que, para el efecto, requiera la entidad territorial.*”-sft-

§56. En el caso concreto no se encuentra que CORPOCALDAS haya incurrido en vulneraciones a los derechos colectivos. Sin embargo, tiene funciones de colaboración y asesoría respecto del municipio de Manzanares - Caldas.

§57. En tal sentido, se negarán las excepciones de falta de legitimación en la causa y falta de competencia en la solución del problema, propuestas por CORPOCALDAS.

2.5.3. Relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los derechos colectivos

²⁰ <https://historico.corpocaldas.gov.co/publicaciones/692/2018-04-03/Resolucion-077-2011-Ult.pdf>

²¹ <https://historico.corpocaldas.gov.co/publicaciones/1628/02-12/Resolucion-2020-0193.PDF>

²² ARTÍCULO 31. LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES EN EL SISTEMA NACIONAL. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible, que para efecto de la presente ley se denominarán las corporaciones autónomas regionales, como integrantes del sistema nacional de gestión del riesgo, además de las funciones establecidas por la Ley 99 de 1993 y la Ley 388 de 1997 o las leyes que las modifiquen. Apoyarán a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo y los integrarán a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo.

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

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

PARÁGRAFO 3o. Las corporaciones autónomas regionales como integrantes de los consejos territoriales de gestión del riesgo, en desarrollo de los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, deben apoyar a las entidades territoriales que existan en sus respectivas jurisdicciones en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de acuerdo con el ámbito de su competencia y serán corresponsables en la implementación.

²³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA - Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ - Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019) -Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)

§58. En el mes de abril del 2017 la parte actora presentó peticiones a las entidades demandadas solicitando la adopción de medidas administrativas para evitar los riesgos por deslizamiento, y la presencia de socavación sobre el talud que afecta la vivienda ubicada en la carrera 7 11-120 del sector tenería del municipio de Manzanares, por el paso de la Quebrada el Palo.

§59. Conforme a los estudios efectuados por parte de Corpocaldas y GEOSUB SAS, con el objetivo de identificar la amenaza, vulnerabilidad y riesgo para la cabecera municipal y las áreas de desarrollo rural restringido, en el municipio de Manzanares 2013-2014, se determinó como zona de alto riesgo por inundaciones las zonas aledañas a la Quebrada el Palo entre otras.

§60. A su vez, se indicó en la declaración del Ingeniero Civil Juan Sebastián Marín sobre la última actualización que se realizó al Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Manzanares - Caldas, la zona puntual donde está ubicada la vivienda, hace parte de un suelo con vulnerabilidad o con riesgo alto por remoción o inundación.

§61. Por consiguiente, conforme a lo informado tanto por los profesionales adscritos a la a entidad Corpocaldas y vinculados para la fecha de los hechos a la Secretaría de Planeación del municipio de Manzanares, se requiere la reubicación de las personas que habitan en la vivienda, y los asentamientos a orillas del cauce, precisaron que es necesaria la reubicación en zonas donde se brinde mayor seguridad.

§62. A pesar de estar identificada las zonas de alto riesgo de inundación, y brindar apoyo de reubicación frente al proyecto de vivienda a la accionante como a su grupo familiar; la alcaldía de Manzanares no ha ejecutado todas las acciones definitivas, para la protección de la población y el mantenimiento de la faja de retiro.

§63. El hecho que la comunidad pueda haber generado la amenaza de la vulneración de los derechos colectivos, no es una causa de exención de responsabilidad en materia de acciones colectivas, como lo estableció el Consejo de Estado al puntualizar que: *“... el hecho de que la comunidad afectada sea la que dé origen a la situación de amenaza o vulneración de sus derechos colectivos, por vía de los asentamientos ilegales, ello no obsta para que la Administración adopte las medidas tendientes a su protección o a la mitigación del peligro...”*²⁴

§64. De esta manera, se encuentra una relación de causalidad entre la omisión del municipio de Manzanares para tomar todas las medidas efectivas para la protección de la población frente a riesgos.

§65. Por lo que se confirmará la decisión del juzgado de proteger los derechos colectivos.

2.6. De las órdenes de amparo

§66. En cuanto a las órdenes dispuestas por el juzgado, se encuentran que son acordes con una solución a la problemática, por lo que se confirmarán.

§67. Respecto a los plazos, tiene razón el municipio al puntualizar que el tiempo para dar

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente (E): MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01676-01(AP). <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

cumplimiento a la sentencia tiene conflictos entre lo que debe realizar la demandante, como por la realización de las obras frente al presupuesto municipal, por lo que se aumentarán los plazos de las órdenes dadas en la sentencia de primera instancia.

§68. Atinente al cargo de la apelación de Corporaldas acerca que la sentencia solo protege el derecho individual de la actora, la decisión de primera instancia requirió al municipio para que se elabore un inventario de viviendas dentro de la franja protectora o la ronda hídrica de la Quebrada El Palo, en el Barrio el Coliseo, para analizar su situación y reubicación.

2.7. Condena en costas

§69. Conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, por remisión al CGP, toda vez que no se generaron gastos en esta instancia, ni la parte actora actuó en alegatos, no se impondrán costas.

§70. Por lo anteriormente expuesto, **esta Sala de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

SENTENCIA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 8 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el cual quedará así:

TERCERO: SE ORDENA, lo siguiente:

- Al MUNICIPIO DE MANZANARES y CORPOCALDAS, la realización conjunta de las obras que resulten necesarias en el sector mencionado, entre ellas las indicadas en el Oficio 2017-IE-00015845 del 22/07/2017 expedido por CORPOCALDAS, y de acuerdo a las nuevas recomendaciones que den las autoridades ambientales como CORPOCALDAS y EL COMITÉ DE GESTIÓN DEL RIESGO DEL MUNICIPIO DE MANZANARES, dichas obras deberán ejecutarse dentro del término de dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

- Al ALCALDE DEL MUNICIPIO DE MANZANARES que proceda a restituir el espacio público ocupado por la señora CARMEN AMALIA CORTES SÁNCHEZ y su grupo familiar, asentados en vivienda ubicada en la carrera 7 No. 11-120, barrio El Coliseo del Municipio de Manzanares, sobre la orilla de la Quebrada El Palo.

- A la señora CARMEN AMALIA CORTES SÁNCHEZ y a su familia, que en el término de UN (01) AÑO a partir de la ejecutoria de este fallo, demuela la edificación de su propiedad ubicada en la faja de protección de la Quebrada El Palo, para lo cual deberá recibir la asistencia técnica pertinente por parte de las entidades demandadas.

*- El MUNICIPIO DE MANZANARES debe **INCLUIR** nuevamente a la familia de la señora CARMEN AMALIA CORTES SÁNCHEZ en un programa de vivienda de interés social de manera prioritaria o a corto plazo, sin sobrepasar el lapso de ocho (08) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, de conformidad con las normas sobre la materia, en específico, el artículo 12 de la Ley 1537 de 2012.*

*- Además, se le ordenará al MUNICIPIO DE MANZANARES para que dentro del término de **SEIS MESES** realice un inventario de las viviendas que se encuentran dentro del espacio público, en alto riesgo, no mitigable, dentro de la franja protectora o la ronda hídrica de la Quebrada El Palo, en el Barrio el Coliseo y se proceda a dar cumplimiento al artículo 56 de la Ley 9 de 1989 sobre reubicación.*

- En el evento que la señora CARMEN AMALIA y su familia, se rehúsen DEMOLER el predio o se vuelvan a negar a aceptar su inclusión en un programa de vivienda, el ALCALDE MUNICIPAL, en concurso con las autoridades de policía deberán proceder a su desalojo.”

SEGUNDO: Confirma lo demás de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: Una vez ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
(Ausente Permiso)