

Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo
De Caldas
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía



Asunto: Niega Medida de Suspensión Provisional
Radicado: 170012333000202300240- 00
Medio de Control: Electoral
Demandante: Edgar Yesid Tascón Viveros
Demandado: Fabio Gómez Mejía - Alcalde electo del municipio de Aguadas, Caldas

AI.004

Manizales, veintidós (22) de enero del dos mil veinticuatro (2024).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha

Asunto

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada por la parte actora¹

Aclaración previa

En el presente caso, la demanda fue admitida inicialmente y en el mismo auto se dio traslado a la medida cautelar solicitada.

La Sala precisa que en las acciones electorales las medidas cautelares deben decidirse en el auto admisorio, previo traslado de la medida en caso de que no se pida como una cautela de urgencia, debido a que el traslado de las medidas cautelares es compatible con el procedimiento electoral, según lo señaló el auto de importancia jurídica de unificación del 26 de noviembre de 2020 de Consejo de Estado.²

Pese a lo anterior, como las partes no recurrieron el auto en mención, cualquier irregularidad se saneó, conforme al pronunciamiento del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2022 del Consejo de Estado.³

Antecedentes

La demanda de la referencia pretende se declare que: (i) se declare la nulidad del acto de elección del señor Fabio Gómez Mejía como Alcalde del municipio de Aguadas, Caldas para

¹ Expediente digital archivo 23SolicitudMedidaCautelar

² Radicado 44001233300020200002201

³ Rad. 68001233300020210084601

el periodo electoral 2024-2027, contenido en el formulario E-26 ALC y expedido por la Comisión Escrutadora el 31 de octubre de 2023; (ii) como consecuencia se dejen sin efecto jurídico las actas de escrutinio y formularios de la Registraduría que declararon la elección.

Fundamentos de la solicitud de medida cautelar

La parte actora, solicita se decrete la medida cautelar para la suspensión provisional de los siguientes actos: **(i)** acta de escrutinio formulario E-26 ALC; **(ii)** credencial otorgada al mandatario municipal para el periodo el periodo electoral 2024-2027

Como sustento de la pretensión y de la medida de suspensión expuso que el señor Fabio Gómez Mejía se encontraba inhabilitado para inscribirse a nombre del partido Gente en Movimiento, porque figura como militante del Partido Conservador Colombiano; entonces al inscribirse como aspirante a un cargo de elección popular a nombre de un partido político diferente incurriendo en doble militancia; por lo cual se habría configurado la causal de nulidad por conductas contrarias a la Constitución Política y la ley.

Que la causal invocada encuentra sustento en los numerales l numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.

Oposición de la medida cautelar⁴

Registraduría Nacional Del Estado Civil⁵

Sostuvo que se opone a la medida cautelar precitada, con fundamento en que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, ya que no se ha demostrado la afectación grave al interés general, o inminente daño, el cual debe ser prevenido o de la causación actual de un daño, para hacerlo cesar, de hecho, no se logra demostrar que sea más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que decretarla.

Consejo Nacional Electoral⁶

Expuso que no se presentan los requisitos necesarios para decretar la suspensión provisional de los actos administrativos demandados que originaron la elección del mandatario local del municipio de Aguadas – Caldas. Lo anterior, basado en los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por el Consejo de Estado, concernientes a procedencia de manera excepcional y a la demostración de la vulneración de las disposiciones legales confrontado con el acto demandado.

En consecuencia, consideró sería precipitado decretar una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto atacado, atendiendo la implicación de profundizar en aspectos de complejidad propios de la sentencia.

⁴ Expediente digital, archivo pdf. OPOSICIÓN MEDIDA CAUTELAR RADICADO 2021-00136-00

⁵ Expediente digital, C01CuadernoPrincipal archivo014Pronunciamientomedida

⁶ Expediente digital, C01CuadernoPrincipal archivo 016PronuncimienFrenteMed

Apoderado del señor Fabio Gómez Mejía⁷:

Sostuvo que la solicitud de medida cautelar concerniente a la suspensión de los actos administrativos que declararon la elección de Alcalde del municipio de Aguadas, carece de los requisitos establecidos en los artículos 229 y 231 del CPACA, porque no se acreditó la violación de los actos administrativos frente la norma que regula la figura de doble militancia del partido Conservador.

A su vez, expuso que los argumentos de la parte actora, son insuficientes para justiciar la medida cautelar solicitada, sujetos a su comprobación; aunado que la parte demandante aportó copia de la renuncia del demandado a la curul como Concejal del municipio de Aguadas – Caldas. Por esto, los cargos de violación de la demanda requieren de análisis de legalidad de los actos acusados dentro de la etapa procesal correspondiente emitida en la sentencia. También expuso que no se encuentra acreditado la inexistencia de un perjuicio irremediable, porque no se argumenta de qué manera los efectos del acto administrativo demandado, pueden causar dicha afectación.

Actuaciones procesales

Se dio traslado de la medida cautelar de conformidad con el artículo 233 del CPACA.

Consideraciones

Competencia

De conformidad con los artículos 125 del CPACA, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 del 2021, y 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, la Sala es competente para conocer del presente asunto.

La atención de la Sala se centra en determinar si sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en el ejercicio de la función administrativa que ostenta el señor Fabio Gómez Mejía, como Alcalde del municipio de Aguadas, Caldas para el periodo electoral 2024-2027.

Premisas normativas y jurisprudenciales sobre las medidas cautelares bajo el marco normativo de la ley 1437 de 2011

Procede el Despacho a determinar si se cumplen los presupuestos normativos para decretar la medida cautelar solicitada por la parte actora.

Al respecto en cuanto a la definición de las medidas cautelares, la jurisprudencia del Consejo de Estado, que se identifican como instrumentos procesales con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso⁸.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren *“necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*⁹

⁷ Expediente digital, C01CuadernoPrincipal archivo 017PronuncimienFrenteMed

⁸ Consejo de Estado sección primera MP. María Elizabeth García González del 30 de noviembre de 2015. Radicado 11001-03-15-000-2014-00699-00

⁹ Artículo 229 del CPACA.

De acuerdo al artículo 229 de la citada disposición, la finalidad de las medidas cautelares es la protección del objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que pueda entenderse que ello implique un prejuzgamiento por parte del funcionario judicial.

Que el artículo 230 de la citada norma, prevé la adopción de diferentes modalidades de medidas cautelares, para la protección de los derechos en litigio, caracterizadas por ser preventivas, conservativas, anticipadas, o de suspensión¹⁰.

En relación con los requisitos para decretar las medidas cautelares, el CPACA, en su artículo 231 dispuso:

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

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

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

Sobre el punto, la jurisprudencia de la Alta Corporación, ha precisado en cuanto a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda y en la confrontación de legalidad que debe efectuar el Juez de la medida, esto es, la legalidad del acto acusado, de cara a las normas infringidas¹¹.

Al respecto, en cuanto a la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional en materia electoral, la Sección Quinta de la Corporación Judicial¹² ha determinado el cumplimiento de los siguientes supuestos fácticos:

¹⁰

¹¹ Ibidem,

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicado número 44001-23-33-000-2020-00022-01, del 26 de noviembre de 2020.

“33. A partir de las normas citadas, se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: **(i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente;** es decir, se funda en el principio de legalidad, que significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general, lo que se ha catalogado como el “bloque de la legalidad” o principio de juridicidad de la administración; **(ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud;** (iii) dicha petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.”

(...)

36. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y **confrontarlos con los argumentos y pruebas sumarias presentadas en esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia.**

37. Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó.” rft.

Conforme a los preceptos normativos y jurisprudenciales para la procedencia de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional, se exige que la violación surja del análisis del acto demandado y la confrontación con las normas superiores y con base en las pruebas aportadas que sustenten la solicitud. Además, no se considera un prejuzgamiento, las medidas que el Funcionario Judicial deba adoptar con el fin proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Causales de anulación electoral – Doble militancia

Frente a la doble militancia el artículo 107 de la Constitución Política dispone:

“Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.
(...) Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. (...)”

A su turno, el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011 establece:

“**PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA.** En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según

el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

*Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, **deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.***

Por su parte, el Sección Quinta del Consejo de Estado¹³, ha precisado que existen cinco modalidades en las que se puede materializar la prohibición de doble militancia, conforme a lo siguiente:

- i) *Los ciudadanos: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.” (Inciso 1° del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).*
- ii) *Quienes participen en consultas: “Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.” (Inciso 5° del artículo 107 de la Constitución Política)*
- iii) *Miembros de una corporación pública: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2° del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011).*
- iv) *Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2° del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011).*
- v) *Directivos de organizaciones políticas: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos” (Inciso 3° del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011).”*

Caso concreto:

En este sentido, bajo el marco normativo y jurisprudencial se debe analizar si en el *sub judice*, procedente decretar la suspensión provisional de los actos demandados, teniendo en cuenta que los requisitos a cumplir conforme a la norma precitada.

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta del Consejo de Estado CP. Carlos Enrique Moreno Rubio del 21 de junio de 2018. Radicado 11001-03-28-000-2018-00052-00

La parte actora fundamenta la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados en que el señor Fabio Gómez Mejía incurrió en doble militancia al inscribirse a un cargo de elección popular del partido diferente al que militaba, esto es, el Partido Conservador Colombiano.

Por su parte, el apoderado judicial del señor Fabio Gómez Mejía, discrepa de la solicitud de suspensión de los actos administrativos demandados, porque expuso que fue aportado dentro de las pruebas constancia de la renuncia presentada en el 2020, a la curul en el Concejo Municipal de Aguadas – Caldas, con amplia suficiencia de anterioridad al periodo inhabilitante, lo que conduce a dilucidar que no se ha vulnera los preceptos legales que permitan inferir la configuración de la doble militancia.

Una vez revisados los requisitos señalados, y de acuerdo a la sustentación de la medida cautelar que pretende la suspensión del ejercicio de la función administrativa del señor Fabio Gómez Mejía como alcalde del municipio de Manizales, para el periodo constitucional 2024-2027, inscrito en el partido Gente en Movimiento, sin embargo, se encontraba inhabilitado para inscribirse dado que militaba en el Partido Conservador Colombiano.

Como prueba de lo anterior aportó copia del oficio PCC/SM 444-23 del 14 de noviembre del 2023, suscrito por el Secretario General del Partido Conservador donde consta que el señor Fabio Gómez Mejía, se encuentra en la base de datos como militante en dicha colectividad, y no reposa renuncia del señor Gómez Mejía.

Así mismo se aportó credencial E-26 acta parcial de escrutinio municipal para las elecciones de autoridades territoriales del 27 de octubre de 2019, expedido por la Registraduría Nacional de Estado Civil, donde se acredita que el señor Fabio Gómez Mejía se encontraba en el partido Conservador Colombiano.

También se aportó credencial E-26 ALC, para las elecciones territoriales del 29 de octubre de 2023, donde se reporta al señor Fabio Gómez Mejía como candidato para dichas elecciones en el partido o movimiento político Aguadas Primero que Todo. A su vez, reposa renuncia presentada por el señor Fabio Gómez Mejía a la curul del concejo municipal, ante el Concejo Municipal del 10 de enero de 2020, con fecha de recibido del 11 de enero de 2020.

De otro lado, se aportó prueba documental como anexo de la contestación de la demanda a cargo del apoderado judicial del señor Fabio Gómez Mejía, frente al oficio PCC/SM 458-23 del 7 de diciembre de 2023, suscrita por el Secretario General del Partido Conservador, donde aclara sobre el error involuntario en la consulta de base de datos histórica que no permite evidenciar la renuncia recibida del señor Gómez Mejía, el 29 de enero del 2020, al correo de la Secretaría General del Partido Conservador remitida el 21 de enero de 2020 al correo secretariageneral@partidoconservador.org; del Directorio Nacional Conservador.

Finalmente, en la misiva se certificó que el señor Fabio Gómez Mejía; no se encuentra registrado en la base de datos como militantes de la colectividad en mención teniendo como referencia la renuncia presentada en enero de 2020.

Conforme a las pruebas aportadas, no se evidencia claramente la violación de las normas electorales, porque existe controversia probatoria, la cual debe ser dilucidada en el proceso electoral.

En consecuencia, la medida cautelar solicitada será denegada. Lo anterior, sin perjuicio de que una vez surtidas las demás etapas procesales se llegue a una conclusión diferente, toda vez que, como se advirtió la decisión sobre el decreto o no de una medida cautelar, en manera alguna implica prejuzgamiento.

Así las cosas, se reitera, para la Sala no resulta procedente decretar la medida de suspensión de los actos administrativos demandados. En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: DENIEGUESE la solicitud de medida cautelar solicitada por la parte actora, en atención a los argumentos expuestos en este acto judicial.

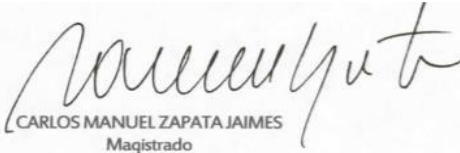
SEGUNDO: Notifíquese la presente providencia en los términos del CPACA.

TERCERO: Una vez se surta el trámite procesal continúese el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No.
FECHA: 23/01/2024
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

RADICADO	17-001-23-33-000-2024-00008-00
MEDIO DE CONTROL	VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDANTE	DEPARTAMENTO DE CALDAS
DEMANDADO	MUNICIPIO DE VITERBO- CALDAS

Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la admisión del trámite de validez presentado por la secretaria Jurídica del departamento de Caldas, quien actúa a través de apoderado según facultades otorgadas por el Decreto 0193 del 3 de octubre de 2016, por medio del cual el gobernador del departamento de Caldas delegó en esa secretaria la facultad de conferir poder especial para este tipo de procesos.

Por lo anterior, y al encontrar cumplidos los requisitos establecidos en el Decreto 1333 de 1986, **ADMÍTASE** la presente solicitud de validez instaurada por el señor **GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS** frente al artículo 17 del Acuerdo 024 del 29 de noviembre de 2023, proferido por el **CONCEJO MUNICIPAL DE VITERBO - CALDAS** *"Por medio del cual se expide el presupuesto general de rentas y apropiaciones del Municipio de Viterbo Caldas para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2024 y se dictan otras disposiciones"*.

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986, se dispone la **FIJACIÓN EN LISTA** por el término de diez (10) días, durante los cuales el Procurador Judicial de la Corporación y cualquier otra autoridad o persona podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo mencionado, y solicitar la práctica de pruebas.

Según documento que reposa a folio 48 del archivo #02 del expediente digital, se evidencia que el departamento de Caldas dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 120 del Decreto 1333 de 1986, y a lo establecido en el numeral 8 del

artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, por lo que al momento de notificar esta providencia no será necesario enviar copia de la demanda ni los anexos al municipio de Viterbo, ni al Concejo Municipal de Viterbo; pero en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, sí se anexará copia de la demanda y sus anexos al momento de notificar este auto al Ministerio Público.

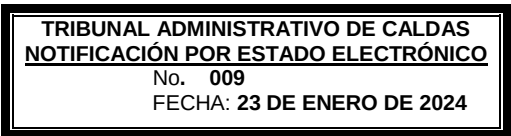
En consecuencia, **NOTIFÍQUESE** personalmente en la forma indicada en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, al **MINISTERIO PÚBLICO** al buzón del correo electrónico que repose en los archivos de la corporación. Al **ALCALDE DE VITERBO – CALDAS** al buzón de correo electrónico despacho@viterbo-caldas.gov.co y notificacionjudicial@viterbo-caldas.gov.co Y al **CONCEJO MUNICIPAL DE VITERBO – CALDAS** al buzón del correo electrónico concejo@viterbo-caldas.gov.co.

Al **GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS** por estado electrónico, y enviar mensaje al correo notificacionesjudiciales@caldas.gov.co y actosmunicipales@caldas.gov.co.

Se reconoce personería al doctor **JOSÉ RICARDO VALENCIA MARTÍNEZ**, portador de la tarjeta profesional 122.387 del CSJ, para actuar en nombre y representación del Departamento de Caldas, en los términos y para los fines del poder a él conferido (fol. 1 a 9 archivo #02 expediente digital).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO



Carlos Manuel Zapata Jaimes

Firmado Por:

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **13da22c1205e5456d1f6cf6b7a76ce7d1380955fc5ad3593b7e5a99f87fa7410**

Documento generado en 22/01/2024 08:30:54 AM

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

17001-33-33-755-2015-00064-03

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecinueve (19) de ENERO de dos mil veinticuatro (2024)

A.I. 007

Con fundamento en el artículo 131 numerales 1 y 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por la señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales para conocer del proceso **EJECUTIVO** promovido por la señora **CAROL ANDREA CORTÉS GARCÍA** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N° 002 del expediente digitalizado, la parte actora solicitó hacer efectiva la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2020, con la cual fue ordenado el reconocimiento de la prima especial prevista en la Ley 4ª de 1992, para la reliquidación de sus prestaciones sociales y factores salariales devengados.

La señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales, doctora Bibiana María Londoño Valencia, manifestó su impedimento para conocer del proceso ejecutivo con fundamento en la causal 1ª del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos, pues, en su sentir, tienen interés indirecto en los resultados del proceso, toda vez que perciben la prima especial consagrada en la Ley 4ª de 1992, la cual pretende la demandante sea incluida en la liquidación de sus factores salariales y prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”.

En el sub-lite, la funcionaria judicial manifestó que le asiste un interés indirecto en las resultas del proceso en la medida que le asiste el mismo derecho deprecado por la parte actora. No obstante, advierte la Sala que el derecho ya le fue reconocido a la parte actora, y la solicitud que ahora promueve es a través del proceso ejecutivo a continuación de sentencia con el fin de hacer efectiva la decisión judicial.

Por lo anterior, y toda vez que el trámite del proceso ejecutivo no implica adoptar una decisión de fondo sobre la procedencia o no de la inclusión de la prima especial consagrada en la Ley 4ª de 1992 para la reliquidación de sus prestaciones sociales y factores salariales devengados por la accionante, se declarará infundado el impedimento manifestado, y se dispondrá la devolución del expediente al Juzgado de origen para continuar con el trámite del presente asunto.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

DECLÁRASE infundado el IMPEDIMENTO manifestado por la señora JUEZA 6ª ADMINISTRATIVA DE MANIZALES, para conocer del proceso **EJECUTIVO** promovido por la señora **CAROL ANDREA CORTÉS GARCÍA** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

Por la Secretaría de la Corporación, **ENVÍESE** a la mayor brevedad el expediente al Juzgado 6º Administrativo de Manizales para que continúe con el conocimiento del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 002 de 2024.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

A.I. 014

RADICADO: 17-001-23-33-000-2018-00360-00
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo
DEMANDANTE: Arturo Molina Montoya y Otros
DEMANDADOS: Fiscalía General de la Nación

Atendiendo a lo dispuesto por el numeral 20 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007 y previo a resolver la solicitud de entrega de títulos judiciales **SE REQUIERE** a la apoderada SIRLEY ANDREA GARCIA MARTINEZ con tarjeta profesional de abogada No. 309.334 del C.S.J, para que se sirva aportar en el término de **CINCO (05) DÍAS** el correspondiente paz y salvo expedido por la apoderada que adelantaba la presente causa con anterioridad a aquella.

Igualmente, a efectos de determinar la imputación de los pagos efectuados por la entidad accionada y sobre los cuales se constituyeron los títulos judiciales cuya entrega se deprecia, **SE REQUIERE** a la parte ejecutante para que se sirva aportar en el término de **CINCO (05) DÍAS** la liquidación actualizada del crédito con el fin de determinar los valores que se hayan causado con posterioridad al 17 de enero de 2022 -última data de liquidación actualizada por el Despacho-, y la imputación de las sumas puestas a disposición por la entidad ejecutada **-frente a cada uno de los demandantes-**.

Notifíquese

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17001-23-33-000-2018-00506-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecinueve (19) de ENERO de dos mil veinticuatro (2024)

A.I. 008

Procede la Sala de Decisión, conforme al numeral 2 literal g) del artículo 125 y el numeral 2 del artículo 243, ambos de la Ley 1437/11, a pronunciarse sobre la concesión del recurso de apelación interpuesto por el abogado **NÉSTOR ANDRÉS JEREZ GIRALDO** contra la sentencia dictada dentro del proceso que en ejercicio de la acción de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió el señor **WILSON EDUARDO FRANCO LLANOS** contra el **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS-**.

ANTECEDENTES

Para la presentación de la demanda, el señor FRANCO LLANOS le otorgó poder al abogado DIDIER ANDRÉS JIMÉNEZ ZULUAGA para que lo representara en sus intereses, por lo que con proveído datado el 20 de febrero de 2019, le fue reconocida personería para actuar en nombre y representación del accionante.

La ‘audiencia inicial’ se llevó a cabo el 31 de julio de 2019, y conforme al memorial suscrito en la misma fecha, el togado JIMÉNEZ ZULUAGA sustituyó el poder en el legisperito NÉSTOR ANDRÉS JEREZ GIRALDO, para representar al señor FRANCO LLANOS “*en la audiencia inicial del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, programada para el día de hoy*”.

La ‘audiencia de pruebas’ se llevó a cabo el 27 de agosto de 2019, y su continuación se dio el 18 de septiembre de ese mismo año, y para estas actuaciones, el apoderado principal de la parte accionante volvió a sustituir el poder en el abogado JEREZ GIRALDO, pero únicamente para el desarrollo de esta audiencia.

La sentencia de primera instancia en el *sub-examine* fue dictada el 8 de septiembre de 2023, y el mismo profesional del derecho, Dr. NÉSTOR ANDRÉS JERÉZ GIRALDO presentó recurso de apelación contra dicho fallo pero sin tener poder de sustitución, ni uno nuevo que le hubiese sido conferido por el actor, ni manifestó actuar como agente oficioso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

El artículo 160 de la Ley 1437 de 2011 dispone, a la letra, que “*Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito (...)*”; en igual sentido, el artículo 73 del Código General del Proceso señala que “*Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado (...)*”.

En este orden, al carecer de personería para actuar por ausencia de poder que hubiese sido conferido al abogado NÉSTOR ANDRÉS JERÉZ GIRALDO para interponer el recurso de apelación, obliga a RECHAZAR el recurso de apelación por él interpuesto.

Es por lo discurrido que,

RESUELVE

RECHÁZASE, por **carencia de poder**, el recurso de apelación interpuesto por el abogado **NÉSTOR ANDRÉS JEREZ GIRALDO** contra la sentencia dictada por esta Corporación dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL**

DERECHO promovido por el señor **WILSON EDUARDO FRANCO LLANOS** contra el **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS -INFICALDAS-**.

En consecuencia,

DECLÁRASE la terminación del proceso.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 002 de 2024.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-23-33-000-2023-00243-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecinueve (19) de ENERO de dos mil veinticuatro (2024)

A.I. 009

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda, y la solicitud de suspensión provisional, impetradas en ejercicio de la acción de **NULIDAD ELECTORAL** y en su propio nombre, por el señor **JUAN JACOBO HERNÁNDEZ TORO**, contra el acto de elección de los señores **JULIÁN ANDRÉS GARCÍA CORTÉS** y **VICTOR ALFONSO CAICEDO ESPINOSA**, como concejales del **MUNICIPIO DE MANIZALES** para el periodo constitucional 2024-2027.

Al observarse que la demanda cumple con las formalidades mínimas previstas en los artículos 139 y 162 de la Ley 1437 de 2011, habrá de admitirse.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en lo referido al requisito de procedibilidad que contempla el párrafo del artículo 237 de la Constitución Política, no se exige su observancia en atención a que el H. Consejo de Estado dispuso inaplicar esta condición mientras no exista una ley estatutaria que la reglamente, ello en razón de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 161 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011, a través de Sentencia C-283/2017 (Exp. 11001-03-28-000-2018-00038-00, 13 de febrero de 2019. M.P. Rocío Araujo Oñate).

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En escrito separado (PDF N°13, Carpeta Digital N°4), pide el demandante se suspendan de forma provisional los efectos de los siguientes actos administrativos: (i) formulario E-26 CON, a través del cual se declaró la elección de los señores **JULIÁN ANDRÉS GARCÍA CORTÉS** y **VÍCTOR ALFONSO CAICEDO ESPINOSA**, como concejales del Municipio de Manizales (Caldas) para el periodo constitucional 2024-2027 por el partido **ALIANZA VERDE**; (ii) las credenciales otorgadas por la comisión escrutadora municipal, mediante formato E-27 a los

demandados como concejales del Municipio de Manizales para el periodo constitucional 2024-2027.

Como fundamento de la solicitud, en análogo sentido con la sustentación de los cargos de anulación expuestos en la demanda, expresa el nulidiscente que el partido ALIANZA VERDE, al que pertenecen los concejales electos, vulneró la cuota de género establecida en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, en consonancia con lo establecido en la Ley 581 de 2001 y el artículo 13 de la Constitución Política, al entender que correspondía al partido político en mención, garantizar que el 30% de los candidatos inscritos al concejo de Manizales debían ser mujeres, mandato que resultó desatendido, pues solo 3 de los 12 aspirantes que conformaron su lista definitiva eran de sexo femenino, cuando para cumplir dicho parámetro se requerían mínimo 3.6, que por ser un número decimal debía aproximarse a 4.

Anota que dicha situación vulnera el derecho fundamental a la igualdad en 2 sentidos, de un lado, impide que la mujer cuente con el escenario efectivo de participación política que la ley le confiere, pues no se respeta el mínimo legal exigido; del otro, resalta que, de avalarse la elección demandada, resultaría desventajoso para los demás partidos y movimientos políticos que participaron en los comicios, quienes sí acogieron la normativa y respetaron la cuota de género, incluso, a costa de inscribir menos candidatos al concejo. Estima entonces que el partido ALIANZA VERDE fue negligente, pues ante la renuncia de 2 mujeres que inicialmente integraban la lista de aspirantes al concejo municipal, debió realizar las gestiones para cumplir la cuota de género, lo cual no ocurrió.

Reconoce que el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 no contempla la posibilidad de modificar las listas cuando alguno de sus integrantes renuncia por fuera de los términos allí establecidos; sin embargo, estima, este vacío no puede avalar el incumplimiento de un mandato legal como lo es garantizar la equidad de género. Por ende, considera que corresponde al Tribunal efectuar un ejercicio de ponderación de principios, en el que prime el deber de garantizar adecuadamente la participación de la mujer en la contienda electoral por encima de cualquier impedimento, como las renunciaciones extemporáneas de los integrantes de la lista. Citó la Resolución N° 4574 de 3 de septiembre de 2019, en la cual el Consejo Nacional Electoral permitió que, ante las renunciaciones

extemporáneas, los partidos recompusieran sus listas hasta un mes antes de las elecciones.

Finalmente indica que, de no accederse a la medida cautelar, se permitiría que personas que fueron elegidas en abierta infracción legal, puedan presentar proyectos de acuerdo, percibir honorarios y ejercer funciones mientras se desarrolla el proceso.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS DEMANDADOS

Los accionados se pronunciaron de manera oportuna, dentro del término de traslado.

El señor JULIÁN ANDRÉS GARCÍA CORTÉS (PDF N° 12), quien se pronunció e/n nombre propio, manifiesta que el demandante no argumentó cuál es la razón puntual por la que la medida solicitada debe ser decretada, ni el perjuicio irremediable que se causaría con su no decreto, incluso, expone que el actor cita normas que no tienen nada que ver con la medida solicitada, contrariando el canon 229 del C/CA, que exige que la petición esté debidamente fundada.

Dice que los hechos que motivan la solicitud carecen de veracidad, pues contrario a lo dicho por el demandante, el partido ALIANZA VERDE respetó la cuota de género exigida en la ley como dan cuenta los formatos suscritos por los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil. Al respecto, explica que ese partido tomó la decisión de inscribir solo 14 candidatos al concejo, incluso pudiendo inscribir más, precisamente para cumplir con el postulado legal; además, anota, las renunciadas de 2 mujeres que la integraban no fueron notificadas al partido, que, por ende, no puede ser responsable de esta situación.

Precisa que la lista de candidatos del partido ALIANZA VERDE al concejo de Manizales superó todos los filtros de la organización electoral, y no fue objeto de quejas, denuncias o revocatorias, por lo que, en virtud del principio de confianza legítima, el accionado continuó su campaña. Con ello, estima, el accionante actúa de mala fe cuando interpone una demanda después de conocerse los resultados de las elecciones, si es que como lo afirma, tenía conocimiento de las situaciones anómalas desde meses atrás, adicionalmente,

según consta en los anexos de la demanda, uno de los socios de la firma de abogados accionante es un ex candidato al concejo, quien no obtuvo la votación necesaria para lograr una curul, lo que revela, a juicio del llamado por pasiva, un interés estrictamente particular, y no de proteger la participación de las mujeres en la contienda política.

A su turno, el concejal VÍCTOR ALFONSO CAICEDO ESPIONSA se pronunció con el escrito que milita en el documento PDF N° 15. Considera improcedente la medida solicitada por ausencia de infracción normativa, más aún, cuando la lista al concejo fue aceptada por la autoridad electoral de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011, por encontrarla ajustada a la normativa. Afirma, igualmente, el escenario propicio para debatir la legalidad de los actos demandados es la sentencia luego del respectivo debate probatorio. Así mismo, dice que el demandante no acreditó el supuesto perjuicio que causaría no decretar la medida, y en cambio, este sí se ocasionaría en caso de suspender la elección de 2 concejales, desconociendo los votos de sus electores.

(I)

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1437/11,
Y EN PARTICULAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

El artículo 229 del C/CA, aplicable al contencioso de nulidad electoral por disposición del canon 296 de la misma obra, establece que en todo proceso declarativo tramitado ante esta jurisdicción, “(...) antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo (...)”. Instituye igualmente el aludido precepto (inciso 2º), que la decisión que allí se adopte “no implica prejuzgamiento” /Subrayas del Despacho/.

Del anterior apartado se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de la norma:

- i) REGLA GENERAL: Las medidas cautelares proceden en todos los procesos declarativos;
- ii) FINALIDAD: Garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- iii) SISTEMA: “Dispositivo” (es decir, a instancia de parte); “mixto” (En acciones populares a instancia de parte, u oficiosamente);
- iv) REQUISITO ESPECIAL: Que se sustente debidamente;
- v) OPORTUNIDAD PARA DECRETLARLA: En cualquier estado del proceso, incluso antes de que sea notificado el auto admisorio de la demanda;
- vi) PROVIDENCIA QUE LA DECRETA: Auto motivado separado;
- vii) NATURALEZA DE LA DECISIÓN: Interlocutoria y no significa prejuzgamiento.

Ahora bien; el artículo 230 del C/CA, al paso de prever que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, en su numeral 6 establece como uno de los mecanismos para materializarlas, “...Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo...”, medida que podría comulgar tanto del carácter de suspensión como preventiva. A su turno, el canon 231 ibidem, indica en su inciso 1º los requisitos esenciales para la viabilidad de la suspensión provisional, en lo pertinente:

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

...” /Subrayas y negrillas extra-texto/.

Es de resaltar que la nueva normativa excluyó el elemento de “manifiesta” violación que consagraba el artículo 152 del anterior C.C.A. (Decreto 01/84),

de lo que también surge que este tipo de medida provisional resulta siendo más expedito ahora, que el tratamiento que a la figura le daba la legislación anterior.

En el sub lite, se demanda la nulidad del acto de elección de los señores JULIÁN ANDRÉS GARCÍA CORTÉS y VÍCTOR ALFONSO CAICEDO ESPINOSA, como concejales del **MUNICIPIO DE MANIZALES** para el periodo constitucional 2024-2027 por el partido ALIANZA VERDE, en virtud del supuesto incumplimiento de la denominada ‘cuota de género’ prevista en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, exigencia que impone que al menos el 30% de los integrantes de las listas a cargos de elección popular pertenezcan a uno de los géneros, en este caso mujeres.

El demandante dedica una gran parte de su argumentación a hacer acopio de las normas que otorgan una especial protección a la mujer, específicamente en el contexto de acceso a los cargos con mayor poder de decisión en el Estado, aspecto que está lejos de constituir motivo de controversia en la medida que los instrumentos constitucionales y legales no solo son copiosos, sino contundentes en este ámbito de protección.

En efecto; el artículo 43 del texto fundamental establece que, *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”*. De otro lado, el canon 107 ibidem, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 001 de 2009, establece en lo pertinente:

“Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos...” /destaca la Sala/.

Es preciso anotar que, con esta reforma al texto superior, se introdujo la equidad de género como uno de los principios democráticos rectores del derecho a fundar partidos y movimientos políticos, que a su vez funge como exigencia o parámetro del correcto ejercicio de esta prerrogativa, lo que implica que este tipo de organizaciones también confluyen en el mandato superior de protección reforzada a la mujer. A ello, obviamente ha de sumarse la formulación prevista en el canon 13 del estatuto constitucional, que impone al estado el deber de establecer acciones afirmativas para que la igualdad que dicho texto pregonara sea real y efectiva.

Diversas medidas legislativas han sido proferidas en desarrollo de este mandato. En un primer momento, el legislador optó por garantizar la participación de la mujer en los cargos con poder de decisión en la estructura estatal, conforme lo dispuso en el artículo 4° de la Ley 581 de 2000 en los siguientes términos:

“PARTICIPACION EFECTIVA DE LA MUJER. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2o. y 3o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2o., serán desempeñados por mujeres;

b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3o., serán desempeñados por mujeres.

PARAGRAFO. El incumplimiento de lo ordenado en este artículo constituye causal de mala conducta, que será sancionada con suspensión hasta de treinta (30) días en el

ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo en caso de persistir en la conducta, de conformidad con el régimen disciplinario vigente”.

Finalmente, en lo que constituye el eje de la argumentación de la parte actora y principal punto de debate en el *sub-lite*, el canon 28 de la Ley 1475 de 2011, estatuyó:

“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos. Las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta -exceptuando su resultado- deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros.” /Destacado del Tribunal/.

Por tratarse de una ley estatutaria, esta norma fue objeto de examen previo de constitucionalidad, que tuvo lugar mediante Sentencia C-490 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, y en lo que es materia de este pronunciamiento, la formulación resaltada, prevista en el artículo 28 fue hallado plenamente ajustada a la carta Política (pág. 408 y ss.):

“(…) En suma, la disposición contenida en el aparte final del artículo 28 del proyecto analizado, resulta plenamente ajustada a la Constitución, toda vez que promueve la igualdad sustancial en la participación de las mujeres en la política, estableciendo una medida de carácter remedial, compensador, emancipatorio y corrector a favor de un grupo de personas ubicado en situación sistémica de discriminación; realiza los principios democrático y de equidad de género que rigen la organización de los partidos y movimientos políticos,

a la vez que desarrolla los mandatos internacionales y de la Constitución sobre el deber de las autoridades de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública. Se trata además, de una medida que si bien puede limitar algunos de los contenidos de la autonomía de los partidos y movimientos políticos, persigue una finalidad importante, es adecuada y necesaria para alcanzar dicho fin, a la vez que resulta proporcional en sentido estricto”.

Como parte del análisis en sede judicial, el máximo tribunal constitucional estudió la norma en cita a la luz del derecho a la conformación de partidos y movimientos políticos, igualmente tutelado por el ordenamiento superior, pero que, como se anotó en precedencia, ha enfrentado una progresiva regulación tendiente a la introducción de pautas que realizan otros fines del Estado, como la equidad de género en las organizaciones políticas.

En otros términos, el ordenamiento jurídico pasó de garantizar la nula intervención estatal en las organizaciones políticas, como formulación original prevista en el artículo 108 Superior y la Ley 130 de 1994, a la concepción de dicha libertad con ciertas limitantes, como las medidas para hacer efectiva la participación de la mujer en materia electoral, concretadas en las Leyes 581 de 2001 y 1475 de 2011, como lo anticipó este Tribunal.

Volviendo a los pormenores del caso, el accionante acusa de nulidad los actos demandados partiendo de la tesis de que no se cumplió con el porcentaje exigido en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, denominado cuota de género que, según el texto legal, equivale al 30% de la lista de candidatos a las corporaciones públicas, cuando se elijan 5 o más curules, tal como ocurre en el caso del Concejo de Manizales.

Con la demanda fue aportado el formulario E-6 CO del partido “ALIANZA VERDE”, que contiene la lista de candidatos al concejo de Manizales para las

elecciones del 29 de octubre de 2023, cuyo contenido está en el siguiente cuadro (PDF N° 3, carpeta digital N° 4):

LISTA DE CANDIDATOS								
REGLÓN	NOMBRES	APELLIDOS	SEXO			CÉDULA	EDAD	FIRMA DE ACEPTACIÓN
1	JULIAN ANDRES	GARCIA CORTES	F	X	NB/T	1,053,783,513	35	EIS-21611861
2	VICTOR ALFONSO	CAICEDO ESPINOSA	F	X	NB/T	1,053,770,669	37	EIS-21581002
3	VALENTINA	LONDOÑO ZAPATA	X	M	NB/T	1,053,817,273	31	EIS-21578965
4	JIMENA	GRAJALES ZULETA	X	M	NB/T	24,344,729	38	EIS-21579819
5	JHON EDWIN	BETANCURT CORRALES	F	X	NB/T	75,108,429	37	EIS-21621401
6	MARIANA	SALGADO CASTAÑO	X	M	NB/T	30,331,462	49	EIS-21613313
7	ESTEFANIA	GARCIA MEZA	X	M	NB/T	1,053,834,362	29	EIS-21644024
8	RUBEN DARIO	OBANDO MORALES	F	X	NB/T	1,053,861,471	25	EIS-21589497
9	SANTIAGO	RAMIREZ GIRALDO	F	X	NB/T	1,053,845,729	28	EIS-21578104
10	VICTOR HUGO	ZULUAGA RAVE	F	X	NB/T	1,053,783,445	36	EIS-21602051
11	NATALY	GALVIS TABARES	X	M	NB/T	1,053,810,442	33	EIS-21612692
12	JOSE JULIAN	SANCHEZ SANTAMARIA	F	X	NB/T	1,053,820,996	31	EIS-21577319
13	CARLOS ALBERTO	LOPEZ HERRERA	F	X	NB/T	10,240,675	65	EIS-21599202
14	JUAN NICOLAS	CALVO SANCHEZ	F	X	NB/T	1,053,856,537	26	EIS-21645911

Por ende, tal como lo expresan los demandados, al momento de la inscripción, el partido ALIANZA VERDE presentó una lista de 14 integrantes, de los cuales 9 eran hombres (64.3%) y 5 fueron mujeres (35.7%), lo que evidencia que, en ese momento, el partido cumplió con la cuota de género exigida en la norma.

La discusión se suscita por cuanto, ‘aparentemente’, las candidatas VALENTINA LONDOÑO y MARIANA SALGADO presentaron renuncia a sus aspiraciones según consta en los documentos anexos N° 4 y 5, y dice esta Sala que aparentemente, por cuanto con los documentos aportados en esta incipiente fase del trámite electoral, no es posible determinar si dichas renunciaciones en realidad tuvieron lugar, y dado el caso, qué efectos surtieron sobre la lista definitiva de candidatos al ayuntamiento.

Ello, por cuanto si bien los escritos de renuncia allegados con el libelo inicial se hayan suscritos por quienes los elaboraron, ninguno de ellos tiene constancia o nota de recibo, bien de la organización electoral, o bien del partido político ALIANZA VERDE, por lo que, se itera, en este momento procesal no es posible dar por acreditado, al menos en forma sumaria y como lo exige esta clase de medidas, que los memoriales de renuncia a la candidatura finalmente hayan sido presentados y tuvieran efectos legales, escenario que en todo caso, amerita un debate probatorio más profundo.

Tal es así, que incluso en el formulario E-8 CON aportado también por el demandante, que contiene la lista definitiva de candidatos del partido ALIANZA VERDE al concejo de Manizales, aparecen los mismos candidatos que estaban inicialmente en el formulario E-6 CON, incluyendo a las 2 ciudadanas que supuestamente renunciaron, (PDF N°6, carpeta digital N°4, pág. 16):

INFORMACIÓN DE LOS CANDIDATOS							
LISTA DE CANDIDATOS							
#	NOMBRES	APELLIDOS	CÉDULA	SEXO			EDAD
1	JULIAN ANDRES	GARCIA CORTES	1053783513	F	X	NE	35
2	VICTOR ALFONSO	CANCEDO ESPINOSA	1053770669	F	X	NE	37
3	VALENTINA	LONDOÑO ZAPATA	1053817273	X	M	NE	31
4	JIMENA	GRAJALES ZULETA	24344729	X	M	NE	38
5	JHON EDWIN	BETANCURT CORRALES	75108429	F	X	NE	37
6	MARIANA	SALGADO CASTAÑO	30331462	X	M	NE	49
7	ESTEFANIA	GARCIA MEZA	1053834362	X	M	NE	29
8	RUBEN DARIO	OBANDO MORALES	1053861471	F	X	NE	25
9	SANTIAGO	RAMIREZ GIRALDO	1053845729	F	X	NE	28
10	VICTOR HUGO	ZULUAGA RAVE	1053783445	F	X	NE	36
11	NATALY	GALVIS TADARES	1053610442	X	M	NE	33
12	JOSE JULIAN	SANCHEZ SANTAMARIA	1053620996	F	X	NE	31
13	CARLOS ALBERTO	LOPEZ HERRERA	10240875	F	X	NE	65
14	JUAN NICOLAS	CALVO SANCHEZ	1053656537	F	X	NE	26

Precisamente, en cuanto a la posibilidad de que se presenten renunciaciones de candidatos y la modificación de las listas de los partidos o movimientos políticos, el canon 31 de la misma Ley 1475 de 2011 dispuso:

“La inscripción de candidatos a cargos y corporaciones de elección popular sólo podrá ser modificada en casos de falta de aceptación de la candidatura o de renuncia a la misma, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de las correspondientes inscripciones.

Cuando se trate de revocatoria de la inscripción por causas constitucionales o legales, inhabilidad sobreviniente o evidenciada con posterioridad a la inscripción, podrán modificarse las inscripciones hasta un (1) mes antes de la fecha de la correspondiente votación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución, en caso de muerte o incapacidad física permanente podrán inscribirse nuevos candidatos hasta ocho (8) días antes de la votación. Si la fecha de la nueva inscripción no permite la modificación de la tarjeta electoral o del instrumento que

se utilice para la votación, los votos consignados a favor del candidato fallecido se computarán a favor del inscrito en su reemplazo.

La muerte deberá acreditarse con el certificado de defunción. La renuncia a la candidatura deberá presentarla el renunciante directamente o por conducto de los inscriptores, ante el funcionario electoral correspondiente". /Destacado de la Sala/.

En este caso, de acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 28229 de 2022, *"Por la cual se establece el calendario electoral para las elecciones de autoridades territoriales, (gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y ediles o miembros de las juntas administradoras locales) que se realizarán el 29 de octubre de 2023"*, el plazo en mención se extendía hasta el 4 de agosto de 2023 (PDF N° 2, pág. 3), es decir, si lo que se plantea como sustento de la medida cautelar es que el partido ALIANZA VERDE debía modificar su lista de aspirantes al concejo de Manizales para cumplir con la cuota de género ante la renuncia de 2 integrantes mujeres, resultaba elemental acreditar al menos de forma sumaria que dicha colectividad política fue informada de dichas renunciaciones antes de esa data, elemento que brilla por su ausencia, por lo menos en función de los elementos documentales con los que cuenta el Tribunal en este estado del juicio.

Así mismo, y a título de complemento, el demandante invoca la Resolución N° 4574 de 3 de septiembre de 2019 (PDF N° 1, carpeta digital N° 4), en la que el Consejo Nacional Electoral, en un caso particular, permitió que ante las renunciaciones presentadas luego del término establecido en el canon 31 de la Ley 1475 de 2011, algunos partidos modificaran sus listas hasta un mes antes de llevarse a cabo las elecciones; no obstante, ello tampoco deriva en fundamento suficiente para acceder a la medida cautelar, toda vez que, además de tratarse de un pronunciamiento administrativo en un caso particular, cuyo alcance y efectos habrían de establecerse por este Tribunal, se reitera que en el cartulario tampoco existen por ahora medios que acrediten que las renunciaciones en este caso fueron realmente presentadas ante la autoridad electoral y el partido ALIANZA VERDE.

Más aún, cabe destacar que dicha resolución citada por el demandante, también es explícita en indicar que, en todo caso, el respectivo partido político tiene derecho a ser notificado o informado de la renuncia de alguno de sus candidatos, aspecto elemental, pues no de otra manera puede exigírsele que modifique sus listas como lo manifestó el órgano electoral en la página 26, al afirmar que, “(...) En esa medida, reconociendo que el derecho a la participación política comporta la posibilidad del ciudadano, tanto para afiliarse y representar a una colectividad, como para retirarse y decidir marginarse de una contienda electoral en la que previamente sería candidato. Con todo, estos casos ponen de presente debilidades en la escogencia de los candidatos al interior de las agrupaciones políticas y en muchas situaciones, la falta de compromiso del ciudadano con su militancia y con el electorado considera la Corporación que los partidos políticos tienen el derecho de ser comunicados previamente por parte del candidato y además ostentan la facultad de disciplinar a los afiliados que incurran en estas conductas, afectando la seriedad y estabilidad de las inscripciones, de cara a las elecciones populares” /Destaca el Tribunal/. Y valga insistir, este es un punto que, al menos en este momento, no cuenta con elementos probatorios suficientes.

En este orden, este juez colegiado no encuentra fundamento, en los términos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, que lleve a determinar la existencia de una infracción normativa, al menos en función del juicio primigenio que corresponde en sede de medida cautelar, por lo que no están dadas las pautas de ley para acceder a la medida impetrada; ello sin perjuicio de las conclusiones que pueda adoptar esta Sala al momento de definir el fondo de la controversia, en función de los elementos de prueba que les corresponde aportar o pedir a los sujetos procesales.

En conclusión, habrá de negarse la petición de suspensión provisional.

Es por lo discurrido, que la Sala 4ª de Decisión Oral,

RESUELVE

ADMÍTESE la demanda de **NULIDAD ELECTORAL** presentada por el ciudadano

JUAN JACOBO HERNÁNDEZ TORO, contra el acto de elección de los señores **JULIÁN ANDRÉS GARCÍA CORTÉS** y **VICTOR ALFONSO CAICEDO ESPINOSA**, como concejales del **MUNICIPIO DE MANIZALES** para el periodo constitucional 2024-2027.

NIÉGASE la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados.

En consecuencia, para la tramitación del libelo demandador se dispone (artículo 171 del C/CA):

1. **NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE** a la demandada a los elegidos **JULIÁN ANDRÉS GARCÍA CORTÉS** y **VÍCTOR ALFONSO CAICEDO ESPINOSA**.

El término de traslado solo comenzará a correr una vez vencidos los plazos determinados en el literal f) del numeral 1 del artículo 277 del C/CA.

2. **NOTIFÍQUESE** este proveído personalmente a la **REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**, según lo dispuesto en el artículo 277 numeral 2 de la misma codificación.

3. **NOTIFÍQUESE personalmente** este proveído al Ministerio Público (núm. 4 art. 277 ibídem).

4. **NOTIFÍQUESE** por estado este auto a la parte nulidiscente (núm. 4 art. 277 ibídem).

5. **INFÓRMESE** a la comunidad sobre la existencia del presente proceso a través de la página web de la Rama Judicial (art. 277, núm. 5 Ley 1437/11).

6. **RECONÓCESE** personería al abogado **CHRISTIAN LEONARDO GONZÁLEZ HINCAPIÉ** (C.C. N° 1.053'797.769 y T.P. N° 260.766) como apoderado del demandado **VÍCTOR ALFONSO CAICEDO ESPINOSA**, en los términos del poder a él conferido (PDF N° 15).

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según Acta N°002 de 2024.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 020

Asunto:	Rechaza demanda por no corrección
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00256-00
Demandante:	Héctor José Henao Hernández
Demandada:	Gloria Elena Restrepo Vásquez

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad electoral de que trata el artículo 139 *ibidem*, promovió el señor Héctor José Henao Hernández en nombre propio contra la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez.

ANTECEDENTES

Demanda

El 12 de diciembre de 2023², en ejercicio del medio de control de nulidad electoral de que trata el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)³, el señor Héctor José Henao Hernández, actuando en nombre propio, instauró demanda con ocasión de la elección de la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez como concejal del Municipio de Palestina.

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo nº 001 del expediente digital.

³ En adelante, CPACA.

Adujo que la concejal electa incurrió en doble militancia, como quiera que aquella apoyó a candidatos distintos a los señalados en los acuerdos de coalición suscritos por el partido al cual se encontraba afiliada.

Reparto

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas⁴, a cuyo Despacho fue allegado el expediente en la misma fecha⁵.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con auto del 12 de diciembre de 2023⁶, el Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia inadmitió la demanda para que se corrigieran los aspectos que a continuación se indican, so pena de rechazo:

1. *Atendiendo lo previsto por el artículo 163 del CPACA, deberá individualizar debidamente el acto electoral objeto de demanda en este proceso. Lo anterior, por lo siguiente.*

Con la demanda se pretende la nulidad del Formulario E-6 CON que contiene la inscripción de la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez como candidata al Concejo Municipal de Palestina.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ ha sido reiterada en precisar que el acto de inscripción del candidato es preparatorio o de trámite, que hace parte de la etapa preelectoral y permite la continuación del procedimiento eleccionario. Ha aclarado igualmente que el acto definitivo susceptible de ser demandado a través del contencioso electoral es aquel que declara la elección, pues con este acto termina la actuación que se desarrolla a través de las distintas etapas que deben surtir conforme al calendario electoral. Ha señalado así mismo que el artículo 139 del CPACA es claro en identificar el objeto del medio de control de nulidad electoral, cual es, entre otros, “los actos de elección por voto popular”, sin perjuicio de que puedan demandarse, junto con éste, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o los escrutinios.

⁴ Archivo n° 001 del expediente digital.

⁵ Archivo n° 003 del expediente digital.

⁶ Archivo n° 003 del expediente digital.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Radicación número: 76001-23-33-000-2019-01223-01.

En ese sentido, sólo es susceptible de ser demandado el Formulario E-26 CON que declaró la elección de la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez como concejal del Municipio de Palestina.

- 2. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 162 del CPACA, señalará lo que pretenda, con precisión, claridad y de manera separada, guardando estricta concordancia con el acto objeto de este medio de control.*
- 3. Según lo previsto por el numeral 1 del artículo 162 del CPACA, identificará plena y debidamente a la parte accionada en el presente asunto. Lo anterior, en tanto en el medio de control de nulidad electoral es el elegido o nombrado quien adquiere la condición de demandado y no la entidad que produce o adopta el acto de elección o nombramiento, independientemente de que se vincule a la actuación a ésta, a los partidos políticos y a otras autoridades, para que, de estimarlo procedente, acudan en defensa del acto cuestionado, en los términos del artículo 277 del CPACA.*
- 4. En los términos previstos por el numeral 4 del artículo 162 del CPACA en concordancia con el artículo 275 del mismo código, identificará expresa y detalladamente no sólo la o las causales con fundamento en las cuales pretende la nulidad del acto de elección, sino también las normas que se dicen violadas con ocasión de la expedición de aquel conforme al medio de control promovido, así como explicará con precisión y claridad el concepto de la violación respecto del mismo.*
- 5. Atendiendo lo previsto por el numeral 7 del artículo 162 del CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, indicará no sólo el lugar y dirección donde la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez recibirá las notificaciones personales, sino también el canal digital de la misma.*
- 6. Acreditará el cumplimiento del requisito contenido en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, relacionado con el envío simultáneo por medio electrónico de la demanda y sus anexos a la parte demandada. Lo anterior, en la medida en que la constancia secretarial visible en el expediente⁸ da cuenta del incumplimiento del citado deber.*
- 7. En los términos del numeral 1 del artículo 166 del CPACA, allegará copia legible y completa del acto electoral acusado con la constancia de su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso. Lo anterior, para efectos de contabilizar el término de caducidad al que se encuentra sometido este medio de control de nulidad electoral.*

⁸ Archivo n° 003 del expediente digital.

*Una vez hechas las correcciones ordenadas, la parte actora deberá **integrarlas con la demanda en un solo escrito**, y deberá proceder conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 162 del CPACA. (Negrilla es del texto).*

Tratándose de una nulidad electoral, el término concedido a la parte actora para que corrigiera la demanda fue de tres días contados a partir de la notificación de la providencia, conforme lo dispone expresamente el artículo 276 del CPACA.

El auto inadmisorio se notificó por estado el 13 de diciembre de 2023⁹, fecha en la cual fue enviado el mensaje de datos al correo informado en la demanda para tales efectos¹⁰.

De conformidad con el artículo 118 del Código General del Proceso (CGP), aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, *“El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió”*.

En ese sentido, los tres días con los que contaba la parte actora para corregir el libelo, corrieron así: 14, 15 y 18 de diciembre de 2023.

Actuando dentro del término legal conferido para los efectos anotados, la parte actora allegó memorial de corrección de la demanda¹¹, el cual no fue integrado con el libelo original, y en el que señaló lo siguiente respecto de la orden contenida en el numeral 6 del auto inadmisorio: *“Me permitiré dar cumplimiento en forma puntual- enviando simultáneamente el contenido de la demanda y la presente corrección. –”*.

Con el escrito de corrección, el demandante no acreditó haber actuado en consonancia con lo antes manifestado, tal como lo constató igualmente la Secretaría de esta Corporación en constancia del 19 de diciembre de 2023¹².

A través de auto del 11 de enero de 2024¹³, el Despacho requirió a la parte demandante para que diera cumplimiento a lo dispuesto en el auto inadmisorio, en punto a la integración en un solo escrito de la demanda y su corrección, y acreditara el envío por medio electrónico a la parte accionada, tanto de la demanda como de los anexos de la misma.

⁹ Archivo nº 004 del expediente digital.

¹⁰ Archivo nº 005 del expediente digital.

¹¹ Páginas 28 a 30 de los archivos nº 007 y 009 del expediente digital.

¹² Archivo nº 010 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 011 del expediente digital.

Según se informa en constancia secretarial del 17 de enero de 2024¹⁴, la parte actora no atendió el requerimiento hecho.

Así las cosas, en tanto la parte accionante omitió corregir el escrito de demanda conforme le fue ordenado en el auto del 12 de diciembre de 2023, específicamente en lo que se refiere a la acreditación del envío de la demanda y sus anexos a la parte accionada, la Sala deberá adoptar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 276 del CPACA y, en tal sentido, rechazar la demanda.

Conviene precisar que a igual conclusión ha llegado el Consejo de Estado en algunos de sus pronunciamientos¹⁵, en los cuales ha rechazado demandas en los eventos en que la parte actora omite corregirlas en lo que respecta a la acreditación del envío por medio electrónico de la demanda y de sus anexos a la parte accionada, conforme lo exige el numeral 8 del artículo 162 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. RECHÁZASE la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad electoral promovió el señor Héctor José Henao Hernández en nombre propio contra la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez.

Segundo. Ejecutoriado este auto, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Tercero. NOTIFÍQUESE el presente auto a la parte demandante por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

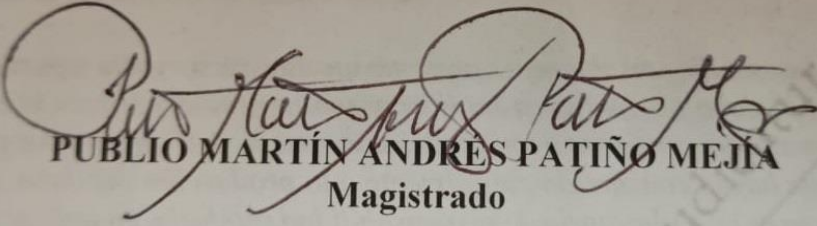
Notifíquese y cúmplase

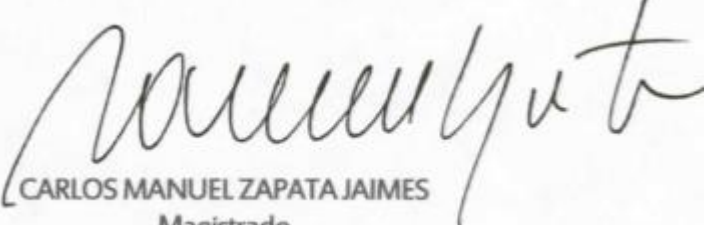


AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

¹⁴ Archivo nº 013 del expediente digital.

¹⁵ Al respecto, pueden consultarse los siguientes autos: i) 31 de agosto de 2023 (Sección Primera, Consejera Ponente: Dra. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación número: 25000-23-41-000-2021-01166-01); y ii) 15 de octubre de 2021 (Sección Primera, Consejera Ponente: Dra. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación número: 11001-03-24-000-2021-00394-00A).


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009
FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:011

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00126-02
Demandante:	Flor Elizabeth López Gómez
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Flor Elizabeth López Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 7 de diciembre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio NOM-228 DEL 08 , expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó: i. *“inexistencia de la obligación”*; ii. *“caducidad”* y iii. *“excepción genérica”*.

Departamento de Caldas:

Indicó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Explicó que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó, *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones

Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

Propuso las excepciones denominadas: i. “falta de legitimación en la causa por pasiva”; ii. “buena fe” y iii. “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”.

LA SENTENCIA APELADA

El veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 35, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los

misimos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 38, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su

condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del

contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 08 de noviembre de 2023, y allegado el 15 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 15 de noviembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes

interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a

atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

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

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.263.172,00; e intereses a las cesantías por valor de \$140.088, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-228 DEL 08 de septiembre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 22, archivo 04, C.1, exp. digital.

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

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

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

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

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos

puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Flor Elizabeth López Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

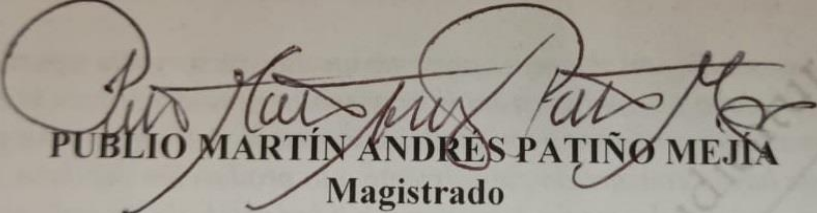
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

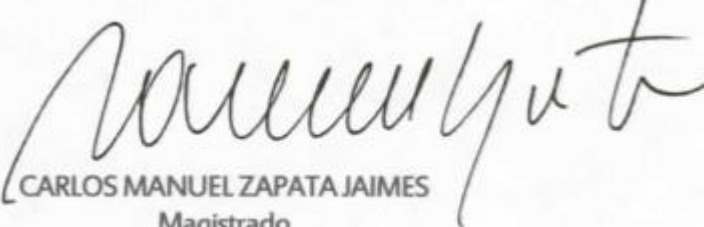
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 021

Asunto: Resuelve apelación contra auto – Confirma
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
(Lesividad)
Radicación: 17001-33-33-002-2018-00204-03
Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones
(COLPENSIONES)
Demandado: José Germán Tamayo Giraldo

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta
nº003 del 19 de enero de 2024**

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el literal h) del numeral 2 del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, en concordancia con el numeral 5 del artículo 243 *ibidem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó medida cautelar en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Demanda

El 11 de mayo de 2018², obrando a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)³ instauró

¹ En adelante, CPACA.

²

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=MoKkUqJvKitFY YCVa36VUbGPVKc%3d>

³ En adelante, COLPENSIONES.

demanda contra el señor José Germán Tamayo Giraldo⁴, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución n° GNR 142784 del 18 de mayo de 2015, con la cual la entidad demandante reconoció y ordenó el pago de pensión de vejez a favor de la parte accionada.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó que se declare que el señor José Germán Tamayo Giraldo no es beneficiario del régimen de transición; que se le ordene devolver a COLPENSIONES los valores pagados por concepto de pensión de vejez desde la fecha de inclusión en nómina y hasta cuando se ordene la suspensión provisional del acto o se declare su nulidad.

Finalmente, la entidad accionante reclamó el pago de la indexación o intereses a que hubiera lugar.

Como fundamento fáctico de la demanda, se expuso lo siguiente⁵:

1. El señor José Germán Tamayo Giraldo nació el 5 de abril de 1959, por lo que al 1° de abril de 1994, acreditaba 34 años de edad, y 724 semanas cotizadas.
2. El señor José Germán Tamayo Giraldo tiene un total de 9.541 días laborados, correspondientes a 1.363 semanas.
3. El 5 de diciembre de 2014, el señor José Germán Tamayo Giraldo solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de una pensión de vejez.
4. Con Resolución n° GNR 142784 del 18 de mayo de 2015, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez, de conformidad con la Ley 33 de 1985, con un IBL de \$844.313, aplicando un porcentaje del 75% sobre dicho IBL, para una mesada pensional de \$656.411 a partir del 1° de enero de 2015.
5. El 13 de enero de 2017, el señor José Germán Tamayo Giraldo solicitó la reliquidación de su pensión de vejez.
6. Mediante Resolución n° APGNR 1109 del 14 de febrero de 2017, COLPENSIONES requirió al interesado para que en el término de un mes allegara autorización para revocar la Resolución n° GNR 142784 del 18 de mayo de 2015.

⁴ Páginas 12 a 25 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Páginas 17 y 18 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

7. Con Resolución nº SUB 102535 del 20 de junio de 2017, COLPENSIONES negó la reliquidación de la pensión de vejez.
8. Transcurrido el término de un mes, el señor José Germán Tamayo Giraldo no allegó autorización para revocar el acto de reconocimiento pensional.

Reparto y admisión de la demanda

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales⁶, el cual admitió la demanda con auto del 19 de septiembre de 2018⁷.

Solicitud de medida cautelar

En el mismo escrito de demanda⁸, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto atacado, en la medida en que la prestación se reconoció bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, sin tener en cuenta que el señor José Germán Tamayo Giraldo no es beneficiario del régimen de transición.

Adujo que para acceder a la pensión de vejez reconocida tenía que acreditar los requisitos de edad y tiempo de servicio, y como en este caso no es así, no es procedente el reconocimiento pensional.

Manifestó que el pago de una prestación generada sin el cumplimiento de los requisitos legales atenta contra el principio de estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

Trámite procesal de la medida cautelar

De la solicitud de medida cautelar formulada por la parte accionante se corrió traslado a la parte accionada mediante auto del 19 de septiembre de 2018⁹.

Si bien el señor José Germán Tamayo Giraldo contestó la demanda actuando

⁶

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=MoKkUqJvKitFY YCVa36VUbGPVKc%3d>

⁷ Archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Páginas 13 y 14 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo nº 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

a través de curador *ad litem*¹⁰, lo cierto es que no se pronunció frente a la medida cautelar.

Por auto del 17 de marzo de 2023¹¹, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales negó la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

Contra la anterior decisión, la parte accionante interpuso recurso de apelación¹², que fue resuelto desfavorablemente por este Tribunal a través de auto del 26 de mayo de 2023¹³.

Incidente de nulidad

El 29 de mayo de 2023, el señor José Germán Tamayo Giraldo presentó incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio¹⁴.

Con auto del 27 de julio de 2023¹⁵, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales declaró la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la demanda al señor José Germán Tamayo Giraldo y, en consecuencia, ordenó rehacer la actuación a partir de dicha etapa procesal, teniendo en todo caso por notificado el libelo por conducta concluyente el 29 de mayo de 2023.

Nuevo trámite procesal de la medida cautelar

De la solicitud de medida cautelar formulada por la parte accionante, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales corrió nuevamente traslado a la parte accionada mediante auto del 27 de julio de 2023¹⁶.

El señor José Germán Tamayo Giraldo no sólo contestó la demanda¹⁷, sino que además allegó pronunciamiento frente a la medida cautelar¹⁸.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

¹⁰ Archivo nº 37 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 42 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹² Archivo nº 45 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 003 del Cuaderno 2 del expediente digital radicado 17-001-33-33-002-2018-00204-02.

¹⁴ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 04 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁶ Archivo nº 01 del cuaderno 3 del expediente digital.

¹⁷ Archivos nº 56 y 57 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 03 del cuaderno 3 del expediente digital.

Por auto del 29 de agosto de 2023¹⁹, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales negó la suspensión provisional del acto administrativo demandado, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que para el señor José Germán Tamayo Giraldo, el Sistema General de Pensiones entró a regir a partir del 30 de junio de 1995, conforme lo autoriza el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, pues para esa época era servidor público adscrito al Municipio de Manizales, sin perjuicio de que con posterioridad continuara realizando a partir del año 2001, aportes en el sector privado y a título personal.

En ese entendimiento, y de conformidad con los elementos probatorios allegados al expediente, indicó que para el 30 de junio de 1995, el señor José Germán Tamayo Giraldo tenía 36 años de edad, por lo que no cumplía uno de los requisitos alternativos para tener derecho al régimen de transición.

En relación con el tiempo de servicio, señaló que conforme a la resolución demandada, al 30 de junio de 1995, el señor José Germán Tamayo Giraldo tenía un tiempo de servicio de 5.526 días, esto es, 15.13 años de servicio, por lo que acreditó el requisito alternativo para acceder al régimen de transición.

En ese sentido, consideró que en esta etapa procesal, el Juzgado no avizoraba que el acto administrativo demandado vulnerara la norma superior invocada en la demanda, pues el accionado sí cumplía con el tiempo de servicios para que le fuera aplicable el régimen de transición.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, la parte accionante interpuso recurso de apelación²⁰, con fundamento en lo siguiente.

Reiteró que el señor José Germán Tamayo Giraldo no tenía derecho al reconocimiento de una pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, ya que no acreditó los requisitos de edad y tiempo de servicio para hacerse beneficiario del régimen de transición. En efecto, indicó que para el 1º de abril de 1994, el accionado tenía 34 años de edad y 729 semanas de cotización.

Expuso que con el reconocimiento y pago de la prestación se soslaya lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, produciendo efectos que

¹⁹ Archivo nº 04 del cuaderno 3 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 06 del cuaderno 3 del expediente digital.

están causando un agravio injustificado al sistema financiero de COLPENSIONES.

Adujo entonces que se cumplen los requisitos para decretar la medida cautelar de suspensión del acto acusado, pues éste se encuentra falsamente motivado, en tanto reconoce un derecho que no le asiste al demandado.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 29 de noviembre de 2023²¹, y allegado el 12 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia²².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 243 del CPACA, el auto que niega una medida cautelar es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 29 de agosto de 2023.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar la siguiente cuestión:

¿Se cumplen en el caso concreto los requisitos para decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado?

De las medidas cautelares en el CPACA

El artículo 229 del CPACA, en lo que concierne a la procedencia de medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos, dispone:

En todos los proceso (sic) declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado

²¹ Archivo nº 001 del cuaderno 5 del expediente digital.

²² Archivo nº 002 del cuaderno 5 del expediente digital.

del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

Instituye igualmente el inciso 2º de la mencionada norma, que la decisión que allí se adopte no implica prejuzgamiento, en tanto que en el párrafo único determina que las medidas cautelares, en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

De lo anterior se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de las medidas cautelares:

- i) Regla general: proceden en todos los procesos declarativos.
- ii) Finalidad: garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- iii) Sistema: “dispositivo” (a instancia de parte), “mixto” (en acciones populares y de tutela, a instancia de parte u oficiosamente).
- iv) Requisito especial: sustentarla debidamente.
- v) Oportunidad para decretarla: en cualquier estado del proceso, incluso antes de notificar el auto admisorio de la demanda.
- vi) Providencia que la decreta: auto motivado separado.
- vii) Naturaleza de la decisión: no significa prejuzgamiento.

La suspensión provisional de un acto administrativo

La fuente constitucional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es el artículo 238 de la Carta que faculta a esta jurisdicción especializada para “(...) *suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*”.

El artículo 230 de CPACA, una vez prevé que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, en su numeral 3 establece como uno de los mecanismos para materializarlas, el de “*suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*”, disposición que constituye tanto una medida de suspensión como preventiva.

Por su parte, el artículo 231 de la norma en cita, establece cuáles son los requisitos para decretar las medidas cautelares, así:

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

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

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

En tal sentido, para que proceda la suspensión de un acto administrativo por vulneración de las disposiciones invocadas en la respectiva solicitud, se requiere: **i)** que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores indicadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas; y **ii)** si se solicita restablecimiento del derecho y/o indemnización de perjuicios, debe aportarse prueba siquiera sumaria de los mismos.

El Consejo de Estado ha sostenido que en lo que se refiere a la suspensión provisional de los actos administrativos, el CPACA introdujo una modificación sustancial, en tanto prescindió de la expresión “*manifiesta infracción*” a la cual hacía alusión el Código Contencioso Administrativo (CCA), y en su lugar dispuso que dicha medida cautelar procedía cuando la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud respectiva, surgiera del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las

pruebas allegadas con la solicitud. En otras palabras, con el CPACA se habilitó al Juez para realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino uno en el que puede apreciar las pruebas aportadas con tal fin.

En ese sentido, *“(...) la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.”*²³.

Ahora bien, la Alta Corporación también ha precisado que lo anterior es así *“(...) lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”*²⁴. Acotó el Consejo de Estado que la transgresión de las normas superiores invocadas debe surgir *“(...) de manera ostensible, es decir, de la simple comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas allegadas con el libelo, sin necesidad de profundos razonamientos.”*²⁵.

Examen del caso concreto

De conformidad con lo expuesto hasta este momento, la medida cautelar que convoca la atención de esta Sala se sustenta en la supuesta vulneración del ordenamiento jurídico, en tanto el señor José Germán Tamayo Giraldo no es beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no acreditó los requisitos para ello y, en tal sentido, no le asistía derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez con base en la Ley 33 de 1985.

La Ley 100 de 1993²⁶ en su artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determinó su campo de aplicación, conservando en todo caso los derechos adquiridos conforme a disposiciones anteriores.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Auto del 3 de diciembre de 2012. Radicado número: 11001-03-24-000-2012-00290-00.

²⁴ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 30 de junio de 2016 (Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00369-00)) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Primera y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Guillermo Vargas Ayala y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁵ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 7 de diciembre de 2016 (Radicación número: 11001-03-27-000-2014-00042-00(21171)) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Cuarta y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Hugo Fernando Bastidas Bárcenas (E) y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁶ Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, el Sistema General de Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de dicho Decreto. Respecto de los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, se estableció como entrada en vigencia, “(...) *a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo Gobernador o Alcalde*”.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró el régimen de transición como una especial protección de quienes se encontraran próximos a obtener la pensión de jubilación, atendiendo lo expresado por el Consejo de Estado²⁷ y por la Corte Constitucional²⁸, en cuanto a que los tránsitos legislativos debían ser razonables y proporcionales. El texto de dicha norma es el siguiente:

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

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

(...).

El artículo 48 de la Carta Política, adicionado por el Acto Legislativo nº 01 de 2005, en relación con el régimen de transición, dispuso en el párrafo transitorio 4, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su*

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Radicación: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01).

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

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

Atendiendo lo expuesto, y descendiendo al caso concreto se encuentra acreditado en esta etapa procesal que para el 1º de abril de 1994, el señor José Germán Tamayo Giraldo se encontraba vinculado al Municipio de Manizales, pues así se extrae del tiempo de servicio relacionado en la Resolución nº GNR 142784 del 18 de mayo de 2015²⁹.

Al tratarse entonces de un servidor público municipal, el Sistema General de Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 30 de junio de 1995, como lo autorizó expresamente el artículo 2 del Decreto 691 de 1994.

Conforme lo dispuso el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para acceder al régimen de transición se cumplen ya sea por edad (35 años o más si son mujeres o 40 años o más si son hombres) o por tiempo de servicios (15 o más años). No puede pasarse por alto, como lo hace la entidad accionante, que la citada norma separa ambos presupuestos con la conjunción disyuntiva “o”, es decir, no son concurrentes como lo sostiene erróneamente la parte recurrente.

Tales requisitos se contabilizan a partir del momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones que, como se indicó, para el caso concreto ocurrió el 30 de junio de 1995.

Para el 30 de junio de 1995, el señor José Germán Tamayo Giraldo tenía 36 años de edad, pues según se informa en el mismo acto acusado³⁰, aquel nació el 5 de abril de 1959. Lo anterior significa que con base en la edad, el demandado no podía acceder al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en lo que respecta al tiempo de servicio, y acudiendo igualmente a lo señalado en la Resolución nº GNR 142784 del 18 de mayo de 2015³¹, se observa que para el 30 de junio de 1995, el señor José Germán Tamayo Giraldo acreditó 5.526 días laborados, esto es, 15.35 años de servicio, cumpliendo el tiempo requerido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición.

²⁹ Página 28 del archivo nº 56 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Página 29 del archivo nº 56 del cuaderno 1 del expediente digital.

³¹ Página 28 del archivo nº 56 del cuaderno 1 del expediente digital.

Al cumplir uno de los presupuestos fácticos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al señor José Germán Tamayo Giraldo le eran aplicables las disposiciones que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 gobernaron el régimen pensional con las correspondientes condiciones relativas a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

Para la Sala es claro, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado³², que la norma que regía al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 era la Ley 33 de 1985, que reguló de manera general y ordinaria el derecho pensional de todos los empleados del sector oficial y que, en tal sentido, debía ser aplicada a la parte demandada, toda vez que ésta se encuentra amparada, se itera, por el multicitado régimen de transición.

Adicional a lo anterior, al 25 de julio de 2005, fecha en la que entró a regir el Acto Legislativo nº 01 de 2005, la parte accionada había cumplido un total de 21.46 años de servicio, esto es, más del equivalente en tiempo de servicio a las 750 semanas cotizadas exigidas (14.42 años).

Es evidente entonces que en esta etapa temprana del proceso, y de conformidad con los elementos materiales probatorios allegados, no existe evidencia de que el acto cuya suspensión provisional se pretende, vulnere norma alguna y, por lo tanto, se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. CONFÍRMASE el auto del veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, con el cual negó la medida cautelar solicitada por COLPENSIONES dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra el señor José Germán Tamayo Giraldo.

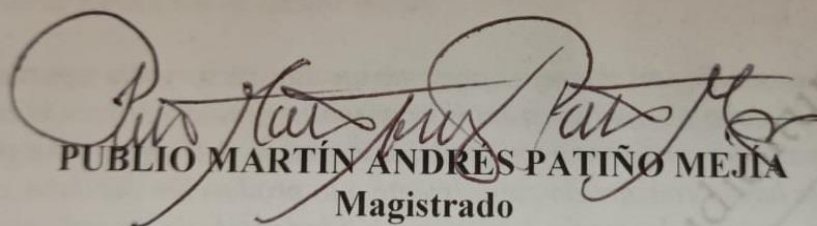
³² En concepto del 22 de mayo de 1996, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó: “Para quienes a la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenían consolidada su situación jurídica, en la forma indicada, el régimen aplicable es el contenido en las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988. Lo mismo para los jubilados que hubieren definido su situación jurídica en departamentos y municipios en donde no se expidieron disposiciones sobre esta materia”.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009
FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 019

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-002-2023-00365-02
Demandante:	Yurliana Grajales Rodas
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dra. Patricia Varela Cifuentes, en calidad de Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora Yurliana Grajales Rodas, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución nºDESAJMAR23-761 del 11 de septiembre de 2023 y de la Resolución nºDESAJMAR23-771 del 25 de septiembre de 2023, mediante los cuales se negó el reconocimiento como factor salarial del emolumento denominado “bonificación judicial”.

¹ En adelante CGP.

² En adelante CPACA.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho pretende que se reconozca la bonificación judicial que percibe la accionante como factor salarial y prestacional para liquidar salario; y por ende, el reajuste de todas las prestaciones que devenga en virtud a su vinculación a la Rama Judicial.

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es Juez la Dra. Patricia Varela Cifuentes.

Por auto del 4 de diciembre de 2023, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener esa servidora judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, la Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de

imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el Consejo de Estado⁴ ha sostenido al respecto que:

El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes

³ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Auto del 11 de mayo de 2006. Radicado número: 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362).

⁴ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado. Auto del 21 de abril de 2009. Radicado número: 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)IJ.

dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Corte Constitucional en auto del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquella no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

(...)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se indica a continuación:

(...)

6. Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica⁸, lo siguiente:

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto

⁵ Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por la resolución cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso que eventualmente se fallare a favor de la parte accionante y, por tanto, habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Patricia Varela Cifuentes, en calidad de Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Yurliana Grajales Rodas contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA. En consecuencia,

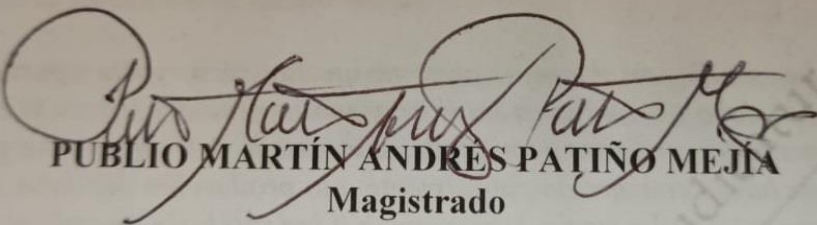
Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

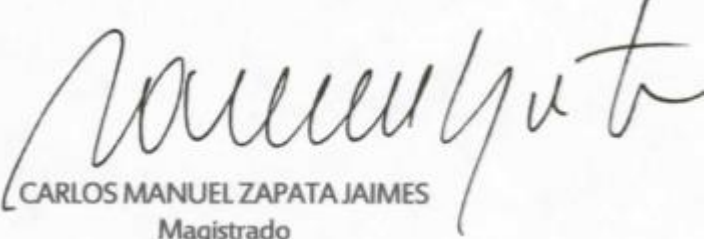
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **viernes veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 014

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00531-02
Demandante:	Jhon Jairo Agudelo
Demandado:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

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 demandante contra la sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Jairo Agudelo contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)².

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 5 de diciembre de 2018³, se solicitó lo siguiente⁴:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, DIAN.

³ Página 2 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Páginas 6 y 7 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

1. Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión n° 10241201700024 del 5 de septiembre de 2017, en lo que tiene que ver con la sanción impuesta al contador público, señor Jhon Jairo Agudelo.
2. Que se declare la nulidad de la Resolución n° 1023620181598 del 31 de julio de 2018, con la cual la DIAN confirmó la sanción impuesta al accionante.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se levante la sanción pecuniaria impuesta por la DIAN al señor Jhon Jairo Agudelo, en virtud de lo previsto por el artículo 658-1 del Estatuto Tributario (ET)⁵.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁶, que en resumen indica la Sala:

1. Mediante Resolución n° 010379 del 21 de octubre de 2015, la DIAN ordenó llevar a cabo una diligencia de registro en las instalaciones de la Cooperativa Nacional Cafetera (CONAFE)⁷.
2. Lo acontecido con ocasión de dicha diligencia quedó registrado en acta.
3. La persona jurídica investigada por la DIAN era CONAFE, en relación con el año gravable 2014.
4. En la liquidación oficial de revisión, la DIAN incurrió en dos imprecisiones, pues de un lado, expresó que la declaración de renta objeto de investigación se había presentado el 15 de abril de 2014 y no el 15 de abril de 2015 como en efecto aconteció, y de otro, confundió el año gravable investigado, al asegurar que correspondía a 2015 y no a 2014 como realmente es.
5. El 5 de septiembre de 2017, la DIAN profirió liquidación oficial de revisión contra CONAFE, con la cual propuso cuatro glosas que modificaron los reglones de ingresos brutos operacionales, costo de ventas y prestación de servicios, total de deducciones y renta exenta.
6. Por lo anterior, la DIAN impuso a CONAFE la obligación de pagar la

⁵ En adelante, ET.

⁶ Páginas 10 a 25 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ En adelante, CONAFE.

suma de \$125.916'346.000, por concepto de mayor saldo a pagar en la declaración de renta por mayor impuesto y sanción por inexactitud.

7. Durante algunos años, el señor Jhon Jairo Agudelo se desempeñó como revisor fiscal de CONAFE, cargo al cual renunció el 13 de enero de 2014; renuncia que fue aceptada a partir del 1º de febrero de 2014.
8. Aun cuando el señor Jhon Jairo Agudelo no tenía ningún tipo de vinculación con CONAFE, en abril de 2015, firmó en calidad de revisor fiscal, la declaración correspondiente al año 2014. Lo anterior, con el fin que la cooperativa le cancelara los honorarios adeudados.
9. En el requerimiento especial proferido por la DIAN contra CONAFE, la administración tributaria propuso dos sanciones para el demandante, consistentes en multa, suspensión o cancelación de su inscripción profesional, con base en el artículo 659 del ET, así como suspensión de la facultad para firmar declaraciones tributarias y certificar estados financieros de conformidad con el artículo 660 *ibidem*.
10. Además de las referidas sanciones, la DIAN le impuso al demandante en la liquidación oficial de revisión, la obligación de cancelar a título de sanción pecuniaria, la suma de \$112'688.500, con base en el artículo 658-1 del ET.
11. En la diligencia de registro hecha a CONAFE, la DIAN evidenció un proceso de reimpresión de facturación, ya que en el libro auxiliar de ventas, sólo se registraba en la contabilidad una de las dos facturas impresas; situación que se presentaba de manera habitual, por orden del representante legal de CONAFE, quien además ordenaba también la eliminación de la otra factura.
12. Conforme a la prueba testimonial recaudada por la DIAN, la reimpresión de facturas con el mismo número tenía por objetivo soportar las ganancias de una relación comercial entre CONAFE y un socio extranjero llamado Louis Drayfus; ganancias que se dividían en partes iguales y que conllevan a que el representante legal de la cooperativa defraudaba a su socio enseñándole facturas falsas, es decir, aquellas que ordenaba invisibilizar ante la contabilidad de la empresa.
13. Por lo anterior, la DIAN determinó una omisión de ingresos por parte de CONAFE de \$92.299'377.000, ya que declaró ingresos brutos y netos por \$265'119.412, pero realmente obtuvo \$357.418'789.123.

14. En una empresa, tanto el representante legal como los funcionarios del área comercial y el contador público –que no revisor–, cumplen roles diferentes y asumen sus propias responsabilidades.
15. El contador público y el representante legal son las dos personas que certifican la veracidad de los estados financieros, mientras que el revisor fiscal se encarga de proferir un dictamen frente a la razonabilidad de lo allí certificado.
16. El informe de auditoría informática suscrito por una funcionaria de la DIAN determinó que tras el estudio forense de las pruebas recaudadas en la diligencia de registro, se detectaba que los archivos magnéticos recolectados en la diligencia de registro coincidían con las declaraciones tributarias presentadas; y que además, los ingresos brutos y netos declarados coincidían también con el libro mayor y balance a 31 de diciembre de 2014.
17. El 26 de agosto de 2016, mediante requerimiento ordinario, la DIAN solicitó a CONAFE algunos soportes inherentes a la declaración de renta del año 2014.
18. El 26 de octubre de 2016, el representante legal de CONAFE respondió al requerimiento ordinario manifestando que la información contable que soportaba el denuncia rentístico del año 2014 no había sido posible ubicarse, debido a un proceso de reorganización contable y una imposibilidad de reconstruir la información.
19. En la liquidación oficial de revisión del 5 de septiembre de 2017, la DIAN rechazó los costos de ventas declarados por CONAFE por falta de soportes para la comprobación de los mismos.
20. La información contable correspondiente al año 2014 reposaba en la entidad para el día en que el demandante firmó la declaración de renta, pues existe coincidencia entre los libros contables y la declaración tributaria, cuya razonabilidad avaló el actor con su firma.
21. La situación consistente en que 18 meses después de la firma del denuncia rentístico, el representante legal de CONAFE se negara a mostrar la información contable a la autoridad tributaria, o manifestara no poderla ubicar o reconstruir, no es un hecho imputable al demandante, pues para mayo de 2017, fecha en la que se profirió el requerimiento especial, el actor ya no tenía vinculación con la cooperativa hacía más de 3 años.

22. La DIAN cometió una imprecisión al manifestar que los costos de venta declarados por CONAFE correspondían a \$154.325'781.000, ya que la realidad es que aquellos ascienden a \$259.911'878.000.
23. La autoridad tributaria incurrió en un error al confundir el total de las compras realizadas con el costo de venta, lo cual podría dar lugar a confundir la discusión jurídica y tomar el proceso más complejo de lo que realmente es, toda vez que lo declarado es el costo de ventas mas no el total de las compras.
24. En la liquidación oficial de revisión, la DIAN rechazó las deducciones por ausencia de soportes.
25. En el expediente de la actuación administrativa no reposa un auto de inspección contable realizado bajo la responsabilidad de un contador público, en los términos del artículo 271 de la Ley 223 de 1995.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandada estimó como vulneradas las siguientes disposiciones⁸: Constitución Política: artículos 2, 4, 6, 29, 83, 209 y 363; ET: artículos 19, 62, 64, 82, 658-1, 683, 684, 742, 773, 774, 775, 778, 779-1, 781 y 782; Ley 1066 de 2006: artículo 10; Ley 79 de 1988: artículos 10 y 54; CPACA: artículos 1, 3, y 10; Circular 007 de 2009 expedida por la Superintendencia de Economía Solidaria; Oficio DIAN con radicado interno n° 100208221-000724 del 13 de agosto de 2014 y radicado externo n° 049412 del 15 de agosto de 2014; Concepto DIAN n° 00660 del 4 de enero de 2008; y Ley 223 de 1995: artículo 264.

Señaló que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública (CTCP)⁹ es un organismo técnico de normas contables, asesor y consultor del Estado y de los particulares en todos los aspectos técnicos relacionados con el desarrollo y el ejercicio de la profesión de la contaduría pública.

Señaló que en lo que respecta a la firma del revisor fiscal, el CTCP ha manifestado que aquella no está condicionada a un vínculo laboral o contractual, y que da fe de la razonabilidad y veracidad de los estados financieros, bien sea con ocasión de la preparación de los mismos o de la emisión de una opinión en calidad de revisor fiscal.

⁸ Páginas 25 a 65 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ En adelante, CTCP.

Indicó que conforme al artículo 581 del ET, la firma del revisor fiscal en las declaraciones tributarias certifica, entre otros, que los libros de contabilidad reflejan razonablemente la situación financiera de la empresa.

Explicó que la sanción pecuniaria al revisor fiscal, contemplada por el artículo 658-1 del ET, se debe imponer cuando aquel conoce las irregularidades sancionables objeto de investigación y no realizó la salvedad correspondiente.

Alegó que el artículo 41 de la Ley 43 de 1990 establece de manera clara y expresa que el contador público, en ejercicio de las funciones de revisor fiscal, no es responsable de los actos administrativos de las empresas o personas a las cuales presta sus servicios.

Aseguró que la sanción pecuniaria impuesta al señor Jhon Jairo Agudelo es producto de una omisión de la DIAN en la valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso, así como de una escasa actividad fiscalizadora.

Manifestó que la inobservancia de las pruebas que reposan en el expediente y que obran a favor del revisor fiscal, no sólo deriva en una falsa motivación de los actos sometidos a control de legalidad, sino además en un desconocimiento del derecho de audiencia y defensa del demandante, pues desde febrero de 2014 el actor se había desvinculado de CONAFE, sin perjuicio de que en febrero de 2015 prestara sus servicios de manera puntual para: analizar los libros de contabilidad de la empresa correspondientes al año gravable 2014, encontrando que se llevaban en debida forma; determinar que los asientos contables y los soportes revisados reflejaban de manera razonable la situación financiera de la empresa; revisar los estados financieros que para la época se encontraban debidamente certificados y dictaminados por el contador público de la cooperativa, señor Óscar Martínez Gómez; y verificar que las operaciones registradas en los libros se sometieran a las retenciones que establecen las normas.

Sostuvo que el demandante sí verificó todo lo que estipula la ley al respecto, tal como se extrae del informe de auditoría informática suscrito por la funcionaria de la DIAN, señora Mónica Torres Hernández, pues se determinó que todos los registros auditados coincidieron con la declaración tributaria firmada por el actor.

Afirmó que la DIAN desconoció la anterior prueba y se abstuvo de su deber de evaluar el material probatorio tanto en lo desfavorable como en lo favorable.

Manifestó que en una empresa, el contador y el representante legal son las dos personas que certifican la veracidad de los estados financieros, mientras que el revisor fiscal se encarga de proferir un dictamen frente a la razonabilidad de lo allí certificado, tal como se establece en los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995.

Explicó que el demandante no fungió como revisor fiscal durante todo el año 2014, y que se desvinculó de CONAFE en febrero de dicho año debido a la falta de sostenibilidad financiera de la empresa, ya que en ocasiones se demoraba en cumplir sus obligaciones tributarias, y a la renuencia del representante legal de contratar personal altamente experimentado, lo que conllevaba que la labor del demandante se duplicara.

Precisó que nunca se imaginó que el representante legal de CONAFE estuviera falsificando documentos, ni falsificando la firma del revisor fiscal.

Aclaró que después de haber transcurrido un año luego de la firma de la declaración de renta de CONAFE, el actor se enteró que dicha empresa había sido requerida por la administración tributaria con el objeto de investigar el año gravable 2014.

Señaló que la DIAN incurrió en una indebida valoración probatoria, en la medida en que rechazó los costos y deducciones declarados por CONAFE por falta de soportes, simplemente con fundamento en las facturas halladas en la diligencia de registro, sin tener en cuenta la información reportada por terceros en medios magnéticos u otros soportes contables obrantes en el expediente, ni las conclusiones del informe de auditoría forense.

Sostuvo que es reprochable que CONAFE hubiese pretermitido su deber de conservar la contabilidad de la empresa y sus soportes, tal y como lo exige la ley, y que el representante legal de la cooperativa no mostrase ningún interés en aportar los soportes que desvirtuaran las glosas establecidas por la DIAN, ni en reconstruir la contabilidad que adujo haber extraviado y que había sido revisada por el revisor fiscal cuando firmó la declaración de renta, razón por la cual es dicha empresa la merecedora de las sanciones propuestas por la DIAN, junto con su representante legal, su consejo de administración y la asamblea general.

Sostuvo que la DIAN efectuó una errónea interpretación de la normativa tributaria y de la normativa especial propia del sector cooperativo, lo que condujo, entre otras cosas, a una indebida aplicación del artículo 658-1 del ET.

Afirmó que el hecho que el revisor fiscal se encuentre en imposibilidad material para aportar a la DIAN la copia física de las facturas que soportan las compras realizadas por CONAFE, no significa *per se* que dichas compras no se hubieren efectuado, y menos aún que el costo declarado en el denuncia rentístico fuera inexistente.

Manifestó que no es posible revisar la pertinencia de los costos y deducciones de CONAFE a la luz del artículo 357 del ET, dado que este precepto es absolutamente inaplicable al caso concreto, atendiendo la normativa especial que regula las entidades del sector cooperativo.

Indicó que, tratándose del rechazo de costos por falta de soportes físicos, el artículo 658-1 del ET determina que para la imposición de la sanción al revisor fiscal deben darse dos circunstancias: primero, que efectivamente se evidencie la inclusión de un costo que sea inexistente y, segundo, que el revisor fiscal haya conocido dicha irregularidad.

Adujo que el demandante firmó la declaración de renta con base en soportes y contabilidad que revisó en febrero de 2015 y que correspondían con los actos consignados en la misma; hecho que fue verificado por la DIAN. En ese sentido, añadió que no puede afirmarse que el actor conocía que 25 meses después de firmar la declaración de renta y luego de más de tres años de estar desvinculado de la empresa, la contabilidad se iba a extraviar y que la misma no hubiese sido conservada por CONAFE.

Refirió que la conclusión de la DIAN en punto a que el asiento contable que ordena el plan de cuentas constituía una deducción no autorizada por la ley, soslaya que CONAFE no pretendió solicitar ese rubro como deducción sino contabilizar el registro como la normativa solidaria lo ordena.

Precisó que el accionante no avaló la operación como deducción sino como gasto contable, sin perjuicio de que para efectos fiscales, los gastos tomen el nombre de deducción.

Consideró que lo anterior no constituye una conducta ilegal o defraudatoria, tal como pretende hacerlo ver la DIAN, sino que corresponde a una diferencia de criterio que no puede ser un acto sancionable a la luz del artículo 658-1 del ET.

Recalcó que el accionante no ha participado y mucho menos ha encubierto hechos de corrupción; de modo que no es cierto que aquel conociera las irregularidades y que las denunciara con posterioridad a efectos de

exonerarse de responsabilidad.

Precisó que la firma del actor en la declaración de renta no incluía intervenir en la distribución de los excedentes, por lo cual la DIAN no puede crear unos efectos adicionales a dicha circunstancia, que no están contemplados en la ley.

Estimó que los hechos que tuvo en cuenta la DIAN para imponer sanción al señor Jhon Jairo Agudelo fueron apreciados en una dimensión equivocada, ya que omitió que los sujetos activos de la conducta ilícita no pasaban a contabilidad las facturas reimpresas, y que ellos mismos las destruían por orden del representante legal; situación de la que no tenía conocimiento el demandante como revisor fiscal.

Manifestó que la administración tributaria no podía deducir la existencia de una doble contabilidad, cuando lo que en realidad se produjo fue una falsificación de documentos.

Expuso que la DIAN no se percató que lo que hizo el demandante como revisor fiscal para CONAFE fue dictaminar los estados financieros de 2014, opinando sobre la razonabilidad de lo certificado por el contador de la cooperativa, con base en los soportes que revisó; labor que efectuó de conformidad con el artículo 38 de la Ley 222 de 1995.

Aseguró que no existieron dos o más libros contables de CONAFE en los que se hubieran registrado las mismas operaciones de manera diferente, de manera que la DIAN omitió tener en cuenta hechos que sí están demostrados y con base en los cuales se podía determinar que el actor no conocía la comisión del ilícito por parte del representante legal de la cooperativa.

En ese sentido, expuso que la conducta desplegada por el accionante no encuadra en lo previsto por el artículo 658-1 del ET, en tanto aquel no conocía el proceso de reimpresión de facturas con información diferente y su subsecuente eliminación.

Explicó que la presunta omisión de ingresos obedece a que la DIAN consideró erróneamente que las facturas reimpresas tenían que entrar a formar parte de los ingresos declarados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término otorgado para tal

efecto, la DIAN contestó la demanda¹⁰ para oponerse a las pretensiones de ésta, con fundamento en los argumentos que se indican a continuación.

Aseguró que la valoración probatoria realizada por la DIAN se sujetó a juicios críticos que tuvo a bien considerar en su momento, partiendo del recaudo probatorio.

Manifestó que los hechos anómalos denunciados con posterioridad a la presentación de la declaración de renta no eximen de responsabilidad al revisor fiscal, en la medida en que sus constancias no pudieron ser aterrizadas a la realidad económica del contribuyente.

Sostuvo que de todos los testimonios recaudados se demuestra que CONAFE hizo uso de la doble facturación, de doble contabilidad, de manipulación del software de contabilidad y de documentos, con el único fin de ocultar los verdaderos ingresos por la venta de los productos.

Indicó que la sanción impuesta al demandante se fundamentó en el artículo 658-1 del ET, en jurisprudencia y en contraste con los hechos probados. Por lo anterior, adujo que no es cierto que los actos adolezcan de falta de motivación.

Adicionalmente señaló que conforme a la ley y a los hechos acreditados, no está probada la nulidad por indebida o falsa motivación y, por lo tanto, no está demostrada la violación al debido proceso.

Refirió que existieron graves irregularidades en relación con la facturación, con la contabilidad, con las operaciones realizadas con terceros, todo lo cual dejó en entredicho la función fiscal que debió haber desplegado en su momento el accionante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 19 de octubre de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en este asunto¹¹, con la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte accionante. Lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos.

Explicó inicialmente que a partir de la Ley 81 de 1931, el legislador ha desvinculado el elemento subjetivo en la comisión de infracciones tributarias, prescindiendo del elemento de la voluntariedad de los sujetos

¹⁰ Páginas 187 a 215 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹ Archivo n° 14 del cuaderno 1 del expediente digital.

infractores.

Señaló que la norma tributaria establece que ante ciertas irregularidades en la contabilidad o declaraciones del contribuyente, a los administradores y representantes legales se les impondrá una multa, misma sanción que también es aplicable al revisor fiscal si las situaciones que dieron lugar a la sanción fueron de su conocimiento y no expresó la respectiva salvedad.

Sostuvo que el revisor fiscal tiene como función la de certificar asuntos relacionados con impuestos, lo que en términos legales se traduce como la responsabilidad en la revisión de las declaraciones tributarias y demás informes exigidos en materia fiscal.

Precisó que en las declaraciones tributarias, el revisor fiscal trasciende la obligación de revisión para involucrarse en un proceso de cumplimiento de responsabilidades fiscales, en las que debe revisar y certificar la correcta presentación y que los datos corresponden a las cifras de la organización.

Indicó que las implicaciones de la firma del revisor fiscal en las declaraciones tributarias acreditan que: **i)** los libros de contabilidad se encuentran llevados en debida forma y de acuerdo con las normas vigentes; **ii)** que los libros de contabilidad reflejan razonablemente la situación financiera de la empresa; **iii)** que las operaciones en los informes se sometieron a las retenciones que establecen las normas vigentes; y **iv)** que la información contenida en las declaraciones tributarias corresponde a los datos de los informes financieros dictaminados.

Manifestó que por lo anterior se entiende que los efectos de la firma del revisor fiscal en las declaraciones tributarias son aspectos que están dentro del alcance de un trabajo de revisoría fiscal llevado a cabo para emitir, entre otras, una opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros.

Luego de hacer referencia a algunas de las pruebas recaudadas en el trámite administrativo, el Juez de primera instancia manifestó que de acuerdo con la Ley 43 de 1990 que reglamenta la profesión del contador público, el profesional contable está obligado a velar por los intereses económicos de la comunidad, es decir, los intereses de la sociedad en general y naturalmente por los intereses del Estado, y para garantizar la confianza pública de sus certificaciones, dictámenes u opiniones, debe cumplir estrictamente con las disposiciones legales y profesionales, y proceder en todo tiempo en forma veraz, digna, leal y de buena fe, evitando actos simulados, así como prestar su nombre para operaciones fraudulentas o de cualquier otro tipo con las que se pretenda ocultar la realidad financiera de sus clientes en perjuicio de

los intereses del Estado o del patrimonio de particulares.

Expuso que el artículo 207 del Código de Comercio define de manera general las funciones del revisor fiscal, sin perjuicio de las previstas en el reglamento y de las contenidas en normas especiales, en virtud de las cuales aquel está obligado a verificar que los actos y operaciones desarrolladas por la empresa se ajusten a lo establecido en los estatutos y en la ley, y que la empresa cumple con las obligaciones que tiene con el Estado. Acotó que el revisor fiscal debe advertir las irregularidades que observe a los órganos de dirección de la empresa, a las autoridades administrativas o tributarias, así como implementar mecanismos de control y sugerir los correctivos pertinentes.

Refirió que la responsabilidad del revisor fiscal va hasta el momento en que descubre y reporte las irregularidades, evento en el cual debe sugerir correctivos, y si la empresa continúa incurriendo en dichas irregularidades, el profesional contable queda exento de responsabilidad, ya que su función está en que una vez identifica la irregularidad, debe sugerir correctivos, pero no tomar decisiones.

Precisó que para que este eximente de responsabilidad opere en un eventual proceso sancionatorio, el profesional ha debido conservar las pruebas inherentes a las irregularidades detectadas, los reportes hechos a los órganos directivos o autoridades competentes y las sugerencias realizadas para superar dichas irregularidades.

Señaló que con la expedición de la Ley 788 de 2000, se agregó el artículo 658-1 al ET, esto es, una sanción pecuniaria que sólo sería aplicable a los representantes legales cuando en desarrollo de las facultades de fiscalización, la autoridad tributaria encontrara irregularidades sancionables, relativas a omisión de ingresos gravados, doble contabilidad, inclusión de costos o deducciones inexistentes y pérdidas improcedentes.

Afirmó que posteriormente el artículo 26 de la Ley 863 de 2003 modificó el inciso segundo del artículo 658-1 y estableció que la sanción prevista para los representantes legales sería anual y se impondría igualmente al revisor fiscal que hubiera conocido de tales irregularidades sin haber expresado la salvedad correspondiente; sanción que se haría efectiva en el proceso de determinación del impuesto adelantado en contra de la entidad infractora, como en efecto se hizo en el presente caso.

Aseguró que en este caso la autoridad tributaria siguió el procedimiento para materializar la sanción que impuso también al revisor fiscal al

momento de proferir la liquidación oficial de revisión.

Afirmó que en este asunto no se encuentra probado este proceso el eximente que trae el artículo 658-1 del ET, ya que es claro que el señor Jhon Jairo Agudelo conoció irregularidades cometidas por CONAFE y si bien informó en diligencia rendida ante la División Tributaria de Pereira haber puesto en conocimiento de la junta directa los hechos anómalos de los que tuvo conocimiento, no existe prueba de efectivamente dicha situación hubiese ocurrido y mucho menos que hubiese sugerido correctivos para subsanar la situación advertida.

Manifestó que la responsabilidad del revisor fiscal que lo hace acreedor de la sanción objeto de demanda, surge del hecho de haber ejercido la revisoría fiscal durante el período gravable objeto de investigación y/o haber firmado la declaración de renta sobre la cual se practicó la liquidación oficial de revisión, pues se presume que por tal ejercicio tuvo conocimiento de los hechos irregulares que dieron origen a la modificación de la liquidación privada del contribuyente investigado, como la omisión de los ingresos o inclusión de costos y deducciones inexistentes.

Afirmó que tal presunción tiene sustento legal en lo establecido en el artículo 581 del ET, según el cual la firma del contador o revisor fiscal en la declaración tributaria certifica que los libros de contabilidad se llevan en debida forma, los libros de contabilidad reflejan razonablemente la situación financiera de la empresa y las operaciones registradas se sometieron a las retenciones que establecen las normas vigentes.

Adujo que, en efecto, la certificación del revisor fiscal le impone la responsabilidad de que las cifras declaradas no se limitan a establecer que ellas coincidan con los registros contables, para lo cual debe haber realizado una auditoría que le permita establecer la razonabilidad de las cifras consignadas en la contabilidad, sin antes verificar su conformidad con las normas tributarias.

Expresó que los hechos que sanciona el artículo 658-1 del ET son los siguiente: **i)** la omisión de ingresos gravados; **ii)** llevar doble contabilidad; **iii)** incluir costos y deducciones inexistentes; y **iv)** declarar pérdidas improcedentes.

Para el caso de llevar doble contabilidad, señaló que la DIAN en concepto 27106 del 14 de abril de 2011 advirtió que si en ello consiste la irregularidad, debe tomarse como referente para liquidar el 20% de la sanción impuesta al contribuyente, en los términos del artículo 655 del ET.

Sostuvo que en este caso se encuentra acreditado que el revisor fiscal sí conocía el hecho que en CONAFE se venían cometiendo irregularidades relacionadas, entre otras, con la no declaración o pago de impuestos ante la DIAN, y aunque en declaración rendida ante la autoridad tributaria de Pereira el actor indicó que puso en conocimiento de los directivos de tal cooperativa estas irregularidades, lo cierto es que no obra prueba en el expediente de que tal denuncia hubiese ocurrido, ni que en virtud de tales irregularidades hubiera sugerido los correctivos a ser tomados por la empresa para subsanar los vicios advertidos.

Refirió que sin tener vinculación con CONAFE, el actor procedió a avalar con su firma la situación financiera de la empresa y certificar la declaración de renta del año gravable 2014, únicamente con los libros exhibidos por la cooperativa, sin realizar el proceso de auditoría al que está obligado en su calidad de revisor fiscal, que sería cotejar la documentación existente con los libros, proceso que no siguió cuidadosamente, máxime conociendo que la cooperativa estaba incurriendo en irregularidades que lo llevaron a renunciar a su cargo un año antes de presentar la declaración del año gravable 2014, en la cual no consignó ninguna salvedad respecto de las irregularidades que manifestó conocer.

Por lo anterior, el Juzgado consideró que no eran procedentes los argumentos expuestos con la demanda y que se amparan en una indebida valoración probatoria por parte de la entidad tributaria, pues en el proceso administrativo, el cual se siguió en cumplimiento del procedimiento establecido en el estatuto tributario, se comprobó que el señor Jhon Jairo Agudelo sí conocía de irregularidades que se estaban cometiendo en CONAFE y, aún así, no realizó una auditoría juiciosa de los documentos presentados por la empresa para realizar y avalar con su firma la declaración de renta del año 2014.

Por estimar que la parte demandante no había desvirtuado la legalidad de los actos atacados, resolvió despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, y condenar en costas al accionante, fijando agencias en derecho por valor de un salario mínimo legal mensual vigente, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión proferida por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal previsto para el efecto, la parte demandante interpuso recurso

de apelación contra el fallo de primera instancia¹², con fundamento en los reparos que se sintetizan a continuación:

1. La sentencia no realizó un proceso técnico jurídico de subsunción típica de los hechos efectivamente probados en sede administrativa, frente a los elementos esenciales que el artículo 658-1 del ET consagra como supuestos previos para la imposición de la sanción.

No se acreditó en sede administrativa y menos en la judicial, de manera precisa y unívoca, el cumplimiento de los supuestos de hecho que contempla la norma como requisitos previos para imponer la sanción contra el accionante.

El artículo 658-1 del ET no es de aquellos tipos sancionatorios que consagre una presunción de culpabilidad o dolo del revisor fiscal. Por lo contrario, el esquema disposicional referido, de manera clara y precisa, contempla un verbo rector que debe estar plenamente demostrado, con pruebas idóneas que forjen la plena certeza y convicción de la ocurrencia de la conducta tipificada como sancionable en cabeza del revisor fiscal. Dicho verbo rector es *conocer* acerca de cuatro irregularidades sancionables que sean objeto de la investigación administrativa, esto es, omisión de ingresos gravados, doble contabilidad e inclusión de costos o deducciones inexistentes y pérdidas improcedentes.

Para el caso concreto, el señor Jhon Jairo Agudelo no conocía y tampoco avaló con su firma alguna de las conductas señaladas.

La DIAN incurrió en los siguientes cuatro errores que dieron lugar a la imposición de la sanción, y frente a los cuales el Juez *a quo* no realizó pronunciamiento alguno:

- La DIAN le concedió vocación de credibilidad a unos documentos falsificados y los hizo parte de la realidad contable de la empresa, determinando de manera errónea la supuesta omisión de ingresos. Lo que la autoridad tributaria debió hacer fue ejercer el deber de denuncia contenido en el numeral 24 del artículo 34 del Código Único Disciplinario, para que se iniciara la investigación penal de que trata el penúltimo inciso del artículo 640-1 del ET en contra del gerente de la empresa como presunto autor intelectual de la conducta y supuesto jefe del presunto concierto para delinquir, en compañía de sus 3 confesos cómplices.

¹² Archivo nº 16 del cuaderno 1 del expediente digital.

- La consecuencia jurídica que impuso la DIAN ante la negativa del gerente de la empresa de exhibir la contabilidad fue simplemente la de reputar los costos y deducciones como inexistentes, pese a que lo correcto era que los reputara como improcedentes, es decir que los rechazara por falta de soportes de conformidad con el artículo 771-2, calculando las cuantiosísimas sanciones en contra de la cooperativa derivadas de dicho actuar. La imposibilidad material para que el revisor fiscal aportara a la DIAN la copia física de las facturas que soportaban las compras realizadas por CONAFE no significa *per se* que dichas compras no se hubieran efectuado y menos aún que el costo declarado en el denuncia rentístico fuera inexistente.
- No existe un hallazgo en el expediente que dé cuenta de una duplicidad de libros contables, ni mucho menos de un manejo de programas contables paralelos.
- No es cierto que en la declaración tributaria se hubieran solicitado pérdidas improcedentes.

El señor Jhon Jairo Agudelo fue engañado por una presunta estructura delincinencial que al parecer el mismo gerente de la empresa orquestó en conjunto con sus cómplices del área comercial, para falsificar facturas y posteriormente destruirlas y, así, ocultarlas de la contabilidad de la empresa, con el fin de defraudar a unos socios extranjeros, a la asamblea de accionistas y al revisor fiscal mismo.

El presunto concierto para delinquir estructurado llegó al parecer a falsificar incluso la firma del revisor fiscal, suplantando la gestión de dicho profesional en la presentación de los estados financieros.

Los elementos constitutivos de la conducta típica no se encontraron acreditados y por tanto la sanción pecuniaria impuesta a mi mandante efectivamente adolece de un vicio de legalidad.

2. En el fallo de primera instancia se efectuó una indebida valoración probatoria, lo que condujo a determinar por parte del Juez *a quo* que el señor Jhon Jairo Agudelo supuestamente sí conocía de las cuatro irregularidades sancionables que contempla el artículo 658-1 del ET como requisito previo para la imposición de la sanción.

El Juzgado no realizó ni siquiera un pequeño análisis crítico de las

pruebas allegadas al expediente, pues de haberlo hecho, tendría por probado que:

- Los testimonios rendidos por los autores materiales de la conducta penal de falsedad de documentos contables dieron cuenta del porqué el accionante nunca tuvo como enterarse de la comisión de conductas delictivas, ya que tanto el autor intelectual como los autores materiales ocultaban o destruían la evidencia para que no fuera visible ante la contabilidad.
- La DIAN determinó de manera arbitraria una supuesta omisión de ingresos, al sumar en un cuadro de Excel los documentos contables, junto con los documentos falsificados, es decir, compaginando la realidad contable con el fruto de un delito de falsedad cometido por tres personas ajenas al área contable.
- En la empresa no existió una doble contabilidad, porque en la diligencia de registro no se encontraron libros paralelos ni tampoco programas contables alternativos.
- Las conclusiones del informe de auditoría forense demuestran que el demandante, con su trabajo de revisión o de auditoría, actuó de buena fe y con la plena convicción de que la contabilidad de la empresa reflejaba de manera razonable la situación económica de la misma. Lo anterior, teniendo en cuenta la absoluta sincronía y correspondencia que el citado informe halló entre la declaración de renta y la contabilidad de la empresa, específicamente entre los libros contables mayor y balance y los costos y deducciones declarados en el denuncia rentístico.
- En CONAFE no existió incompatibilidad entre libros contables que advirtieran de una doble contabilidad.
- Del testimonio rendido por el ingeniero Carlos Alberto Montoya Ríos el 20 de enero de 2017, quién elaboró el software de facturación de CONAFE, se evidencia de manera clara que el accionante hizo todo cuanto estuvo a su alcance para asegurarse de que el sistema de facturación fuera confiable para él y no pudieran efectuarse modificaciones a las facturas ya elaboradas; pese a lo cual el mismo gerente de la empresa y único conocedor de las claves del sistema, fue quien se encargó de vulnerarlo, en compañía del referido testigo y otra subalterna, que describieron el *modus operandi* de la conducta delictiva confesada.

- Conforme a los testimonios de la actuación administrativa, las facturas falsificadas no fueron entregadas a la contabilidad, sino que se destruían después de servir de sustento para que el gerente defraudara a los socios y, por ende, a la asamblea y, por obvias razones, al revisor fiscal.
 - Ninguno de los testimonios mencionados da cuenta de que el actor fuera autor material, participe, ni mucho menos autor intelectual de la conducta que dio origen a la falsificación de facturas y consecuentemente a una presunta omisión de ingresos, a la reputación de los costos y deducciones inexistentes y a la supuesta doble contabilidad.
3. En el fallo de primera instancia no existió un análisis integral del ordenamiento jurídico actualizado; pero sí se advierte una falta de pronunciamiento frente a los conceptos de violación invocados como razones de la solicitud del estudio de legalidad de los actos administrativos sometidos a control.

Desde la Ley 81 de 1931 se han expedido una serie de normas que propenden por la proscripción de la responsabilidad objetiva en la aplicación de sanciones, salvo algunos casos especiales, como en materia aduanera y cambiaria, así como en algunos casos en materia tributaria.

El artículo 658-1 del ET no consagra un caso de responsabilidad objetiva autorizada por la ley.

Contrario a lo expuesto por el Juez de primera instancia, por el sólo hecho que el accionante hubiese firmado la declaración de renta del año 2014, no podía presumirse el conocimiento de las cuatro irregularidades que constituyen presupuesto de aplicación de la sanción consagrada en el artículo 658-1 del ET.

El fallo recurrido adolece no sólo de un defecto fáctico por falta de consideración valorativa con respecto al inmenso cúmulo de piezas probatorias obrantes en el cartulario y que evidencian que el actor no era merecedor de la sanción enervada, sino que además presenta un defecto material o sustantivo, en tanto y en cuanto tampoco se efectuó un análisis integral del ordenamiento jurídico actualizado.

El Juez *a quo* no analizó el artículo 581 del ET que establece el verdadero alcance o los efectos de la firma del revisor fiscal en las declaraciones tributarias, por lo cual la responsabilidad de éste no puede exceder dicho marco.

No se tuvo en cuenta en el fallo recurrido que según el artículo 41 de la Ley 43 de 1990, el revisor fiscal no es responsable de los actos administrativos de las empresas y, por eso, no puede imputársele responsabilidad por los presuntos actos delictivos del gerente de la misma.

Se omitió que el ordenamiento jurídico tiene establecido con claridad el deslinde de responsabilidades al interior de las empresas, ya que el deber de veracidad de los estados financieros, así como el deber de preparar y modificar los documentos soporte que sirven de evidencia de que una transacción ha tenido lugar, corresponde al gerente; mientras que la obligación de certificar los estados financieros que sirven de soporte a las declaraciones de la empresa está a cargo de quien funja como contador público; al paso que al revisor fiscal le compete únicamente emitir una opinión de razonabilidad sobre los estados financieros previamente certificados por el contador.

El Juez *a quo* no refirió, ni siquiera de manera muy breve, cuáles fueron las razones por las cuales las causales de nulidad invocadas en el medio de control eran improcedentes. Obsérvese que ni siquiera se pronunció frente a la falsa motivación, o respecto del desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, o frente a la errónea interpretación de la normatividad tributaria que conllevó a omitir las normas especiales propias del sector cooperativo.

De haber analizado la falsa motivación se hubiera podido advertir que la DIAN determinó en la actuación administrativa una inexistencia de costos y deducciones por falta de soportes, lo cual no implica *per se* la inexistencia de los costos pero sí su rechazo; y el rechazo no es causal de la aplicación de la sanción contemplada en el artículo 658-1 del ET en contra del revisor fiscal.

El Juez dio una preponderancia particular a una transcripción del informe de resultados de la diligencia de registro, sin tener en cuenta que es un mero informe preliminar, que contiene unas conclusiones previas de lo que se halló en la diligencia de registro, y que se elaboró sin contar con la prueba pericial de auditoria forense a los documentos físicos, programas contables y equipos de cómputo de la empresa.

La decisión contenida en el fallo recurrido partió de las apreciaciones previas de un informe preliminar que en su apartado de conclusiones dijo evidenciar claramente una omisión de ingresos, sin que hasta ese momento ningún análisis probatorio de la información recaudada se hubiera efectuado.

Ningún pronunciamiento en primera instancia mereció el hecho que el informe preliminar recomendara en sus conclusiones a los auditores de la DIAN efectuar una investigación con énfasis en los inventarios y en el manejo de las compras y ventas para establecer las ventas reales; y tampoco a la circunstancia consistente en que de manera muy práctica, por no decir abusiva y temeraria, la autoridad tributaria determinó que las ventas reales se hallaban sumando las facturas reales junto con las facturas falsas producto del ilícito presuntamente orquestado por el gerente de la empresa.

Tampoco fue digno de pronunciamiento por parte del Juez de primera instancia que dicho informe de hallazgos preliminares también recomendara que se ordenara a la empresa reconstruir la contabilidad, pese a lo cual la DIAN soslayó la importancia de impartir tal orden.

4. La estructura del fallo de primera instancia se basa en un error de razonamiento que derivó en la inválida inferencia de considerar que el hecho que el accionante conociera de la morosidad en el pago de impuestos por parte de CONAFE, lo hacía merecedor de la sanción contemplada en el artículo 658-1 del ET.

La vigencia fiscal que dio origen a los actos administrativos demandados corresponde al año 2014.

La citación del actor para rendir declaración en la DIAN fue llevada a cabo no sólo en la Seccional de Pereira sino por hechos del año gravable 2013, con ocasión de lo cual se enteró que CONAFE estaba falsificando facturas y que su firma también se había falsificado en unos estados financieros. Esto es, el demandante tuvo conocimiento de dichos ilícitos más de un año después de haber firmado la declaración de renta correspondiente al año 2014.

En la diligencia referida, el actor manifestó estar inconforme con cuatro situaciones al interior de la empresa, que incidieron en su renuncia, porque perjudicaban el ejercicio de su labor, al tornarla más dispendiosa, todas las cuales se presentaron en el año 2013 y fueron:

incumplimiento en el pago oportuno de impuestos, incumplimiento en la tasa de contribución a la Supersolidaria, mora en el pago de la inversión en educación, incumplimiento de otra serie de normas, y cambios permanentes en el personal de la contabilidad y falta de experiencia en las nuevas contrataciones.

No es lo mismo entonces que el actor conociera que el gerente de la empresa se demoraba en cumplir con el pago de las contribuciones a la Supersolidaria, o en el pago de los impuestos; a decir que tenía conocimiento de delitos de falsedad documental, o de estafa, o que avaló con su firma una omisión de ingresos, o que conocía de una destrucción de soportes contables tendiente a borrar evidencia de ilícitos.

En ese sentido, el fallo no podía equiparar el conocimiento de estas circunstancias a la ocurrencia de las cuatro conductas que el artículo 658-1 del ET contempla como presupuestos previos de la imposición de la sanción. El hecho de elevar a la categoría de omisión de ingresos una morosidad en el pago de impuestos implica además un error de razonamiento que se materializa en una falacia argumentativa conocida por la doctrina de la lógica como falacia de la generalización apresurada.

En la medida en que el fallo adopta una posición reduccionista de la realidad probatoria, agrupando en un mismo paquete hechos que no son equiparables entre sí, conduce a que la sentencia se sustente en una analogía *in malam parte*, que va en detrimento del principio de legalidad o taxatividad de las sanciones y que perjudica visiblemente el derecho al debido proceso que le asiste al actor.

Así pues, el Juez *a quo* incurrió en un error de valoración probatoria por desconocimiento del artículo 176 del Código General del Proceso (CGP)¹³.

Aunque la sentencia apelada parece reprochar que el señor Jhon Jairo Agudelo hubiese prestado sus servicios de revisoría fiscal sin tener un vínculo laboral continuo con CONAFE, lo cierto es que desconoció que dicha situación que no es contraria a la costumbre, ni mucho menos a la ley, pues ésta permite que el contador público, en calidad de revisor fiscal, realice trabajos puntuales de revisoría, sin necesidad de que tenga un vínculo laboral.

¹³ En adelante, CGP.

El demandante sí efectuó las labores de verificación pertinentes, y sus análisis y hallazgos fueron coherentes y razonables, tal como se constató en el informe de auditoría informática.

5. Las costas impuestas a la parte demandante no aparecen causadas en el expediente, ni tampoco se evidencia el monto de su comprobación. Acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para solicitar un estudio de legalidad de los actos proferidos en su contra, es lo más natural y lo mínimo que el actor podía hacer en pro de la defensa de sus intereses. No se evidencia un uso desmesurado del derecho de acceso a la administración de justicia, ni mucho menos un abuso del derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante¹⁴

Reiteró que el accionante no pudo conocer de las irregularidades de que trata el artículo 658-1 del ET, y que, de hecho, la DIAN ni siquiera demostró con grado de certeza que al interior de CONAFE hubiese existido realmente la comisión de esas cuatro conductas endilgadas.

Solicitó remitirse a las conclusiones señaladas en los alegatos de conclusión de primera instancia.

Manifestó que, tal como quedó registrado en testimonio rendido en la actuación administrativa, fue el mismo demandante quien impartió instrucciones precisas tendientes a que el sistema contable de la empresa fuera confiable y veraz, que las facturas no se pudieran modificar, que se acompañara con el plan único de cuentas que rige la contabilidad, y que las claves de acceso sólo pudieran ser manejadas por personas de más alta confianza, como el gerente de la empresa; sin siquiera imaginar que la persona de más alta confianza y que tenía la clave del sistema era precisamente quien de manera fraudulenta lo manipulaba para defraudar a sus socios y, por supuesto, a escondidas del área contable.

Parte demandada¹⁵

Intervino para manifestar que reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, con base en lo cual se confirme la providencia recurrida.

¹⁴ Archivo nº 08 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 17 de marzo de 2021¹⁶, y allegado el 14 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁷.

Admisión y alegatos. Por auto del 18 de mayo 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 instancia¹⁸. Ambas partes alegaron de conclusión¹⁹. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 25 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²⁰, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

- *¿Se reúnen los elementos necesarios para que la DIAN impusiera al señor Jhon Jairo Agudelo la sanción de que trata el artículo 658-1 del ET?*
- *¿Procede en el caso concreto la condena en costas impuesta por el Juzgado de primera instancia?*

¹⁶ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁹ Archivos nº 06 y 08 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 09 del cuaderno 2 del expediente digital.

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** generalidades sobre la sanción objeto de debate; **iii)** examen del caso concreto; y **iv)** condena en costas en primera instancia.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) El 15 de abril de 2015, CONAFE presentó declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2014²¹.
- b) Mediante Resolución n° 010379 del 21 de octubre de 2015²² y de conformidad con el artículo 779-1 del ET, la Subdirección de Gestión de Fiscalización Tributaria de la DIAN ordenó llevar a cabo una diligencia de registro en las instalaciones de CONAFE, con fundamento en la existencia de posibles irregularidades de carácter tributario.
- c) El 22 de octubre de 2015 se adelantó la diligencia de registro en una de las sedes de CONAFE ubicada en Aranzazu, de lo cual se levantó el acta correspondiente²³, en la que consta que no se encontraron personas, mercancías, documentos, papelería, computadores, muebles y enseres o demás elementos de oficina relacionados con la cooperativa.
- d) El mismo 22 de octubre de 2015 se llevó a cabo la diligencia de registro en la sede de CONAFE ubicada en Dosquebradas (Risaralda)²⁴, y en la respectiva acta se relacionaron los documentos y equipos hallados, así como los archivos extraídos de éstos.

Se dejó constancia de que en el establecimiento sólo se había encontrado el sistema de información contable MEKANO desde junio de 2014 a la fecha, y que los períodos anteriores estaban en poder del revisor fiscal anterior, señor Jhon Jairo Agudelo.

²¹ Página 8 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Páginas 63 a 65 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³ Páginas 66 a 71 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴ Páginas 75 a 85 y 140 a 234 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital, páginas 4 a 206 del archivo n° 03 *ibidem*, páginas 4 a 203 del archivo n° 04 del cuaderno 1 del expediente digital, páginas 4 a 203 del archivo n° 05 *ibidem*, páginas 4 a 202 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital, páginas 4 a 203 del archivo n° 07 *ibidem*, páginas 4 a 203 del archivo n° 08 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 4 a 139 del archivo n° 09 *ibidem*.

Así mismo, se reseñó que las facturas de venta por compras a proveedores por los años 2013 a 2015, habían sido generadas a través de la plataforma administrativa de CONAFE y no del programa contable MEKANO.

Se anotó en la diligencia que se había evidenciado facturas del año 2014 que si bien estaban físicamente no se encontraban en el libro auxiliar de ingresos de la contabilidad.

Además de la inspección física a los puestos de trabajo, se tomaron declaraciones juramentadas a tres funcionarios de la cooperativa: Yuri Marcela López Cubides, Sebastián Flórez Ospina y Jhon Diego Cardona Novoa, de las cuales se extraen los siguientes apartes por considerarlos relevantes para la discusión:

- Yuri Marcela López Cubides²⁵

Indicó que laboraba para CONAFE hacía 11 meses, como auxiliar comercial, encargada de realizar la facturación e imprimirla, registrar las compras en la plataforma, controlar contratos de compra y venta de CONAFE a Louis Dreyfus, y liquidar el pago de la cuadrilla de quienes se encontraban por prestación de servicios.

Precisó que la cooperativa no tenía revisor fiscal hacía dos meses; que no había tampoco contador.

Indicó que desde antes de que llegara a trabajar a la cooperativa y hasta finales de agosto de 2015, cuando el cliente Louis Dreyfus solicitaba soporte, el jefe directo de la testigo, el señor Sebastián Flórez le ordenaba que eliminara las facturas en los días siguientes.

Aclaró que las facturas entregadas al cliente no eran el soporte de contabilidad de CONAFE.

Admitió conocer que el procedimiento descrito por ella equivalía a doble facturación y doble contabilidad.

Afirmó no creer que los empleados del cliente Louis Dreyfus tuvieran conocimiento del procedimiento de doble facturación.

- Sebastián Flórez Ospina²⁶

²⁵ Páginas 207 a 209 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Páginas 210 a 213 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

Refirió laborar para CONAFE desde noviembre de 2013. Preciso que inicialmente lo hizo como ingeniero de sistemas, luego como coordinador administrativo y finalmente como director comercial.

Manifestó que desde que el señor Jhon Jairo Agudelo no volvió, no tenían a nadie como revisor fiscal. Acotó que tampoco había contador.

Explicó que al recibir el cargo de coordinador administrativo se le informó que Louis Dreyfus necesitaba un soporte para poder facturar el negocio compartido, por lo cual se creaban las facturas, pero no se contabilizaban en el sistema MEKANO. Añadió que el cliente facturaba con el soporte documental que luego se eliminaba.

Afirmó que la orden de eliminar facturas provenía directamente de la gerencia.

Reconoció que el software se podía manipular abiertamente.

Consideró que los empleados del cliente Louis Dreyfus no tienen conocimiento del procedimiento descrito, ya que sólo se limitan a registrar las facturas que se les pasaba.

- Jhon Diego Cardona Novoa²⁷

Sostuvo que labora para CONAFE desde el 1º de febrero de 2015 como director administrativo.

Adujo que la cooperativa no contaba con revisor fiscal ni con contador.

Negó tener conocimiento sobre el procedimiento realizado para la facturación de los productos comercializados por la cooperativa.

Afirmó desconocer si CONAFE maneja doble contabilidad y doble facturación.

Dentro de los documentos recaudados figura un dictamen rendido el 5 de febrero de 2015 por parte del señor Jhon Jairo Agudelo en calidad de revisor fiscal²⁸, sobre los estados financieros de CONAFE a 31 de

²⁷ Páginas 214 a 216 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Páginas 17 a 23 del archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

diciembre de 2014, en el cual manifestó que en su concepto la contabilidad se llevaba de acuerdo con las normas legales y la técnica contable y que las operaciones registradas se ajustaban a los estatutos y a las decisiones de la asamblea general de accionistas. Añadió que los estados financieros presentaban razonablemente la situación financiera de la empresa, los resultados de sus operaciones, los cambios en su situación financiera y sus flujos de efectivos, de conformidad con los principios de contabilidad establecidos en el Decreto 2649 de 1993.

e) El 1º de diciembre de 2015, los funcionarios de auditoría tributaria de la Subdirección de Gestión de Fiscalización de la DIAN presentaron informe de resultados de la diligencia de registro²⁹, en el cual se relacionaron los siguientes hallazgos relevantes para el análisis de este asunto:

- ✓ *El principal cliente de CONAFE es LOUIS DREYFUS COMMODITIES COLOMBIA S.A.S. (...).*
- ✓ *Se encontraron facturas de venta archivadas en carpetas AZ, donde con el mismo número de factura de venta tenía diferente información, tal como el nombre del cliente, el producto vendido y el valor de la misma. Para los años 2014 y 2015 que si (sic) se pudo imprimir la información contable como lo fue un auxiliar de ventas, se evidenció que tan solo uno (sic) de las dos facturas estaba en la contabilidad y la otra no. De junio de 2014 hacia atrás, no aportaron información contable.*
- ✓ *Se tomaron declaraciones juramentadas a dos empleados del área comercial, donde se ratificó que elaboran doble facturación, y una de las facturas la imprimen y la entregan solamente a los funcionarios de Louis Dreyfus que se encuentran en la misma oficina, y posteriormente el mismo día o días después utilizan nuevamente el mismo número de factura con otro cliente y otra venta totalmente diferente, factura que si (sic) imprimen y entregan a la contabilidad.*
- ✓ *(...)*
- ✓ *Igualmente en la diligencia de registro se evidenciaron facturas correspondientes al año 2014 que se encuentran físicamente pero no se encontraron registradas en la contabilidad (...)*

Con base en lo anterior, los funcionarios de auditoría tributaria concluyeron que se evidenciaba una clara omisión de ingresos, por lo que se recomendaba hacer una investigación con énfasis en los inventarios y

²⁹ Páginas 96 y 87 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

en el manejo de las compras y ventas, con el fin de establecer cuáles fueron las ventas reales. Así mismo, recomendaron exigirle a CONAFE la reconstrucción de la contabilidad anterior a junio de 2014, en los términos previstos por el artículo 135 del Decreto 2649 de 1993.

- f) El 18 de enero de 2016, la funcionaria Mónica Torres Hernández de la Dirección de Gestión de Fiscalización de la DIAN remitió a la Seccional de dicha entidad en Pereira, el informe de auditoría informática forense realizado a los archivos recolectados en la diligencia de registro³⁰.

Dentro de los resultados de dicho informe se plasmó el relativo a que los archivos magnéticos recaudados coincidían con las declaraciones tributarias presentadas, por lo que se recomendaba: **i)** realizar el proceso de verificación de la información física y compararla con la información exógena y declaraciones presentadas; **ii)** verificar si el contribuyente estaba dando cumplimiento al artículo 19 del ET en relación con la distribución de excedentes por tener un régimen tributario especial; y **iii)** requerir al señor Jhon Jairo Agudelo, quien fue revisor fiscal, para que aportara la información contable previa a junio de 2014, la cual se aseguró que estaba en su poder por parte del señor Sebastián Flórez Ospina.

- g) El 1º de marzo de 2016, la Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Manizales expidió Auto de Apertura n° 102382016000216³¹, con el cual ordenó iniciar investigación a CONAFE.
- h) El 26 de agosto de 2016, la Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Manizales profirió Requerimiento Ordinario n° 102382016000079³², a través del cual solicitó a CONAFE remitir una documentación en relación con la declaración de renta del año gravable 2014.
- i) El citado requerimiento ordinario fue notificado a CONAFE el 29 de agosto de 2016³³.
- j) El 13 de septiembre de 2016, el gerente general de CONAFE solicitó a la DIAN un período adicional de 30 días hábiles para responder el requerimiento ordinario, aduciendo que la cooperativa se encontraba en una reorganización documental y procesal del año gravable 2013³⁴.

³⁰ Páginas 129 a 139 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³¹ Página 6 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³² Páginas 140 a 142 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

³³ Páginas 143 y 144 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁴ Página 145 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

- k) A través de Oficio n° 110238416 – 00697 del 16 de septiembre de 2016³⁵, la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Manizales otorgó a CONAFE la prórroga del término para responder el requerimiento ordinario.
- l) El 26 de octubre de 2016, el gerente general de CONAFE respondió el requerimiento ordinario³⁶, suministrando parte de la documentación solicitada y señalando respecto de las deducciones por terceros y de la relación y soportes de ejecución de excedentes cooperativos del año 2014, que no haría entrega en ese momento sino en próximos días, ya que por inconvenientes en el registro de la información contable del año 2014 y reorganización del archivo, no había sido posible construir y ubicar la información.
- m) El 8 de mayo de 2017, la Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Manizales profirió Requerimiento Especial n° 102382017000013³⁷, a través del cual propuso a CONAFE modificar la liquidación privada n° 91000285816715 del 15 de abril de 2015, correspondiente a la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2014, en los renglones referentes a: ingresos brutos operacionales, total ingresos brutos, total ingresos netos, costos de venta, total costos, gastos operacionales de administración, gastos operacionales de ventas, otras deducciones, total deducciones, renta líquida del ejercicio, renta líquida, total rentas exentas, renta líquida gravable, impuesto sobre la renta gravable, impuesto neto de renta, total impuesto a cargo, saldo a pagar por impuesto, sanciones y total saldo a pagar.

Explicó la administración tributaria que con la documentación obtenida en la diligencia de registro se habían elaborado unas hojas de trabajo en Excel, a partir de lo cual se había realizado un estado de resultados del año gravable 2014, obteniendo unas cifras muy diferentes a las registradas en la declaración de renta presentada por CONAFE.

Indicó que debido a la diferencia tan representativa, la DIAN expidió requerimiento ordinario que fue atendido parcialmente.

Señaló entonces que de conformidad con la documentación recaudada y la obtenida en los sistemas de información de la DIAN (información exógena y confrontación de los valores), se habían establecido hechos que constituían indicios de inexactitud que modificaban la liquidación

³⁵ Página 147 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Páginas 149 a 165 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁷ Páginas 177 a 204 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

privada.

En relación con los renglones relativos a ingresos brutos y netos, la administración tributaria consignó que no obstante que la suma declarada por CONAFE por dicho concepto coincidía con los valores reflejados en el libro mayor y balance a 31 de diciembre de 2014 (\$265.119'411.728), de la hoja de trabajo en Excel realizada por la DIAN y en la cual se tuvieron en cuenta la totalidad de facturas de venta, se arrojaba un mayor valor por ingresos (\$357.418'789.000), que generaba una diferencia en lo declarado de \$92.299'377.000.

Manifestó que en la revisión de las facturas se pudo constatar que algunas registraban el mismo número, pero diferente cliente y por valores también distintos; hecho indicativo de doble facturación. Acotó que una misma factura de venta figuraba en un cuadernillo como anulada y en otro como cancelada, lo que significaba que CONAFE había perdido el control de la realidad de sus operaciones de venta.

Respecto de los costos de venta, la DIAN explicó que la suma declarada coincidía igualmente con los valores reflejados en el libro mayor y balance a 31 de diciembre de 2014 (\$259.911'878.000), pese a lo cual, de la hoja de trabajo en Excel relativa a las compras y ventas, se concluye que el valor fue superior (\$105.586'097.000), para una diferencia de \$154.325'781.000, la cual sería objeto de rechazo por no encontrarse debidamente soportada con las correspondientes facturas.

Indicó que se también se hallaban diferencias al comparar los proveedores informados y la información exógena.

Aseguró que no existía una realidad confiable sobre los hechos económicos desarrollados por parte de la cooperativa en el año gravable 2014.

Frente al renglón de deducciones, la DIAN señaló que el valor reportado por dicho concepto coincidía con el registrado en el libro mayor y balance a 31 de diciembre de 2014 (\$4.999'146.000). Sin embargo, afirmó que para ello se tuvieron en cuenta algunos gastos que fiscalmente no pueden incluirse como deducciones, tal como aconteció con el gravamen a los movimientos financieros. Expuso que la parte actora no remitió la información sobre deducciones totalizadas por terceros acumulados; y que no se había encontrado documentación que respaldara los gastos en que había incurrido la cooperativa en el año 2014. Por lo anterior, refirió que la suma declarada sería rechazada por tratarse de deducciones no

contempladas en la ley o respecto de las cuales no existía prueba alguna.

En relación con la renta exenta, la autoridad tributaria sostuvo que el valor incluido en la declaración (\$208'388.000) correspondió a la totalidad de los excedentes del ejercicio de 2014, pese a que de acuerdo con las normas para la determinación del beneficio neto o excedente para contribuyentes de régimen tributario especial, los excedentes obtenidos en operaciones de compra y venta con no asociados no pueden ser sujetos de distribución. Acotó que se evidenciaba la realización de una operación comercial sin el ejercicio de ninguna actividad que reflejara el espíritu cooperativo o el beneficio directo a sus cooperados, sino sólo la generación de utilidades para algunos de sus administradores.

Estimó entonces que CONAFE debía tributar por el sistema ordinario, es decir, por la renta líquida gravable obtenida, a la tarifa del 25% del impuesto para sociedades para el año 2014.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la DIAN estableció un total a pagar por impuesto sobre la renta de \$62.958'173.000.

La administración tributaria consideró que en este caso debía imponerse sanción por inexactitud con una tarifa del 100%, por haberse presentado omisión de ingresos, así como inclusión de costos, deducciones y exenciones a las que no tenía derecho; todo lo cual había implicado no liquidar impuesto de renta cuando estaba en la obligación de hacerlo. El total por dicha sanción se estableció en \$62.958'173.000.

De otra parte, la DIAN señaló que el señor Jhon Jairo Agudelo, en calidad de contador y/o revisor fiscal de CONAFE que firmó la declaración de renta del año gravable 2014, se encontraba inmerso en la sanción contemplada en los artículos 660, 661 y 661-1 del ET, relativa a la suspensión de la facultad para firmar declaraciones tributarias y certificar estados financieros. No consta motivación sobre el particular.

Además, la autoridad tributaria consideró, sin realizar ningún tipo de motivación al respecto, que el señor Jhon Jairo Agudelo era igualmente sujeto de la sanción contemplada por el artículo 658-1 del ET, equivalente al 20% de la sanción impuesta al contribuyente, sin exceder la suma de \$112'688.500, que fue finalmente el valor de la multa asignada.

- n) El requerimiento especial fue notificado a CONAFE, al representante legal de dicha cooperativa y al señor Jhon Jairo Agudelo, el 9 de mayo de

2017³⁸.

- o) El 4 de agosto de 2017, el señor Jhon Jairo Agudelo respondió el mencionado requerimiento, exponiendo las razones de su defensa y aportando las pruebas que soportaban la misma³⁹.

Aseguró haber actuado con ética profesional y en cumplimiento de las normas contables y las que establecen el desempeño del cargo de revisor fiscal.

Indicó que al acudir a la citación hecha el 27 de mayo de 2016 por la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Pereira, se enteró de que la información que revisó para el año gravable 2014 había sido manipulada y que incluso su firma había sido escaneada y utilizada en otros documentos.

Sostuvo que los documentos y la contabilidad que en su momento audité y que se encontraban correctos y ajustados a las normas contables y de auditoría, fueron adulterados, manipulados y cambiados con posterioridad, por personal interno de la empresa.

Refirió que una vez tuvo conocimiento de lo sucedido, acudió a la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Manizales, para manifestar la adulteración y la manipulación de facturas de ventas por parte de CONAFE; hechos que fueron denunciados ante la entidad a través de su portal web.

Afirmó que a mediados de 2015 cortó toda comunicación con CONAFE, y negó ser partícipe de los actos objeto de investigación.

Dentro de las pruebas allegadas, el señor Jhon Jairo Agudelo aportó copia de la citación la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Pereira, así como de la denuncia presentada a través de la página web de la DIAN, en la que se lee: “(...) CONAFE (...) ENTIDAD QUE EN DETERMINADA ÉPOCA SE A (sic) DEDICADO A TRAER CONTRABANDO DE CAFÉ DESDE PERU (sic), COMPLICIDAD BANCO DAVIVIENDA, ENORMES CANTIDADES DE DINERO Y UNA QUE OTRA LEGALIZACION (sic) ADUANERA, FALSIFICACION (sic) CONSTANTE DE DOCUMENTOS, ESPECIALMENTE VENTAS, INGENIERO DE PLANTA CONTRATADO SEBASTIAN (sic) LOREZ (sic) OSPINA (...) DEDICADO A CREAR PROGRAMAS PIRATAS DE

³⁸ Páginas 205 a 212 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Páginas 215 a 221 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

*FALSIFICION (sic) DE FACTURAS*⁴⁰.

- p) El 9 de agosto de 2017, el representante legal de CONAFE envió respuesta al requerimiento especial⁴¹, en la que simplemente expuso que no aceptaba la diferencia en la declaración presentada y la propuesta, ya que la entidad no había tenido en cuenta la información contenida en los libros contables, ni la debida comunicación de las visitas que iban a efectuar, ni la solicitud de documento alguno para cotejar la información, o la revisión de la información con los clientes. Adujo que se vulneró el debido proceso.
- q) Teniendo en cuenta lo solicitado por el señor Jhon Jairo Agudelo en su respuesta al requerimiento especial, al expediente se allegó la diligencia administrativa testimonial rendida el 9 de junio de 2016 por aquel ante la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN Seccional Pereira⁴², de la que se extrae lo siguiente.

Manifestó que fungió como revisor fiscal desde la constitución de CONAFE en junio de 2006 hasta enero de 2013, cuando presentó su renuncia.

Indicó que dentro de los hechos que generaron o motivaron su renuncia estaba el ambiente hostil e inadecuado para ejercer su cargo, así como el hecho que la cooperativa no se encontrara al día en materia legal, contable y tributaria. Precisó que los últimos dos meses no le fueron pagados y que con anterioridad a ello tuvo muchos inconvenientes para que desembolsaran sus honorarios.

Refirió que desde antes había insinuado su retiro si CONAFE no cambiaba en ciertos hechos anómalos que perjudicaban el ejercicio de la profesión del señor Jhon Jairo Agudelo, tales como: incumplimiento en el pago de impuestos a la DIAN, incumplimiento en la tasa de contribución a la Superintendencia Solidaria, mora en inversión en educación a la que está obligada la cooperativa, incumplimiento de la ley cooperativa, incumplimiento de otra serie de normas de tipo legal y tributario, y cambios permanentes y falta de experiencia del personal de contabilidad, lo cual conllevaba a que se cometieran demasiados errores.

Negó que la información contable anterior al mes de junio de 2014 se encontrara en su poder, porque todos los soportes contables reposaban en

⁴⁰ Página 219 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Página 222 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 224 a 228 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

las instalaciones de la cooperativa en Dosquebradas.

Sostuvo que los estados financieros con corte a 30 de noviembre de 2013 recaudados en la diligencia de registro no habían sido firmados por él.

Aseguró que los documentos se pasaban a contabilidad sin haber alguno repetido, ya que siempre se revisaba y se declaraba atendiendo dichos documentos aportados por la cooperativa.

- r) El 5 de septiembre de 2017, la División de Gestión de Liquidación de la DIAN Seccional Manizales profirió Liquidación Oficial de Revisión nº 102412017000024⁴³, con la cual modificó la liquidación privada nº 91000285816715 del 15 de abril de 2015, correspondiente a la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2014, en los términos señalados en el requerimiento especial, esto es:

CONCEPTO	DECLARACIÓN	LIQUIDACIÓN OFICIAL
Total ingresos netos	\$265.119.412.000	\$357.418.789.000
Total costos	\$259.911.878.000	\$105.586.097.000
Gastos operacionales de administración	\$1.356.073.000	0
Gastos operacionales de ventas	\$3.076.919.000	0
Otras Deducciones	\$566.154.000	0
Total deducciones	\$4.999.146.000	0
Renta líquida ordinaria del ejercicio	\$208.388.000	\$251.832.692.000
Renta líquida	\$208.388.000	\$251.832.692.000
Renta Exenta	\$208.388.000	0
Renta líquida gravable	0	\$251.832.692.000
IMPUESTO NETO DE RENTA	0	\$62.958.173.000
Total impuesto a cargo	0	\$62.958.173.000
Autorretenciones	0	0
Otras retenciones	0	0
Total retenciones año gravable 2011	0	0
Saldo a Pagar por Impuestos	0	\$62.958.173.000
Sanciones	0	\$62.958.173.000
Total Saldo a pagar	0	\$125.916.346.000

Adicionalmente, confirmó las sanciones impuestas tanto al representante legal de CONAFE, como al señor Jhon Jairo Agudelo en condición de revisor fiscal.

Lo anterior, con fundamento en lo que se indica en seguida.

En relación con las modificaciones a los renglones de la declaración privada referidos, la DIAN precisó lo siguiente:

⁴³ Páginas 237 a 267 del archivo nº 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Ingresos brutos operacionales

Afirmó que las graves inconsistencias encontradas en la contabilidad por el año gravable 2014 le restaban utilidad, pertinencia y confiabilidad a ésta; y que a diferencia de lo allí consignado, con la información recopilada en la diligencia de registro, concretamente los testimonios y las facturas, así como con las facturas de compra, se reunían elementos suficientes para comprobar el estado real de CONAFE respecto de sus ingresos, deducciones y costos.

Manifestó que al desvirtuarse la contabilidad por no ser llevada en debida forma, le correspondía a la DIAN sopesar las facturas y demás medios de convicción, para llegar a la conclusión que CONAFE había omitido ingresos por valor de \$92.299'377.000.

Precisó que se encontraron facturas de ventas dobles y hasta triples, en las que se registró con un mismo consecutivo, diferentes clientes y valores, lo que demuestra una doble facturación y contabilidad, que deja sin credibilidad a ésta. Añadió que existen facturas de venta anuladas sin que existiera fundamento o explicación alguna para ello.

Aseguró que de conformidad con los testimonios recaudados, incluyendo el del señor Jhon Jairo Agudelo, se demostró sin dubitación alguna que CONAFE, haciendo uso de la doble facturación, de la doble contabilidad, de la manipulación del software de contabilidad utilizado por la empresa, y de la manipulación de documentos, buscaba como único fin el de ocultar los verdaderos ingresos recibidos por la venta de productos.

Refirió que para lograr la realidad de los ingresos obtenidos por CONAFE, la DIAN debía valorar todas las facturas allegadas oportunamente y con las exigencias de ley, sumando el valor de las mismas con los ingresos no operacionales tales como fletes, reintegro de gastos, wash out, entre otros.

Afirmó que aun cuando los ingresos declarados coinciden con el libro mayor y balance, dicha cifra no era creíble por no sujetarse la contabilidad a los parámetros de utilidad, pertinencia y confiabilidad, y además por cuanto el valor quedó desvirtuado con las facturas de venta obrantes en el expediente de actuación administrativa.

- Costo de venta y prestación de servicios

Explicó que la factura con el lleno de los requisitos de ley es el documento propio para demostrar los costos causados en un año gravable, por lo que ante la falta de aquella es procedente fiscalmente el rechazo de éstos.

Sostuvo que en este caso sólo se encuentra debidamente facturada la suma de \$114.749'902.000 por total de compras de producto.

Indicó que para establecer el costo de los activos movibles enajenados se debe acudir al artículo 62 del ET y, en ese sentido, se aplica la siguiente fórmula: inventario inicial + compras – inventario final.

Manifestó que el costo de venta en este caso fue de \$105.586'097.000, que al ser comparado con los costos de venta declarados en el denuncia privado (\$259.911'878.000), se presenta una diferencia de \$154.325'781.000, que no se encuentra soportada, ya que no existen facturas que la avale.

Precisó que pese a que los costos de venta declarados coinciden igualmente con el libro mayor y balance, aquellos no tienen ninguna credibilidad, máxime si con ocasión al requerimiento ordinario, CONAFE detalló compras realizadas en 2014 por valor de \$266.215'683.140, que tampoco concuerdan con lo reportado y que no fueron soportadas.

- Deducciones

Afirmó que en la investigación se determinaron una serie de inexactitudes que evidencian las maniobras de ocultamiento de la realidad comercial de la cooperativa, las cuales conllevan a determinar que las deducciones, además de no estar soportadas, su realización se torna incierta.

Expuso que en el denuncia rentístico se declararon sumas de las cuales CONAFE no aportó soportes, tales como deducciones por impuestos, IVA descontable, industria y comercio, honorarios, asesorías jurídicas, arrendamientos, reparación de edificaciones, pagos de servicios públicos, pagos de transportes, fletes, acarreos, etc. Añadió que no hay prueba que demuestre la realización de gastos de esa naturaleza para determinar si pueden deducirse a la

luz de las normas tributarias.

Señaló que curiosamente CONAFE dedujo el impuesto de renta liquidado en el año 2013, lo cual no es procedente y denota mala fe del contribuyente y desacato a las normas tributarias, pues dicho impuesto no es deducible en ninguna circunstancia.

Indicó que pese a que la DIAN le solicitó a CONAFE allegar los respectivos soportes de las deducciones, éstos no fueron enviados.

- Renta exenta

Cuestionó que CONAFE hubiera tratado la totalidad del beneficio neto o excedente fiscal como renta exenta conforme a los artículos 357 y 358 del ET, y no en una tarifa del 20%, pese a que no cumplía las exigencias legales para ello, pues de las facturas obrantes en el expediente se advierte que la cooperativa no realiza compra de productos y venta de los mismos con sus asociados sino con personas ajenas, lo que evidencia que no se propone el beneficio o interés de sus asociados sino de particulares.

Expuso que CONAFE no demostró ni argumentó de qué forma o qué beneficio obtenían sus asociados para llegar al convencimiento de que estaba cumpliendo con el fin solidario y/o colectivo que le permitía a su vez acceder a los beneficios tributarios.

Indicó que como todos los ingresos del año 2014 fueron obtenidos por parte de la cooperativa por transacciones no realizadas con el personal asociado, los excedentes originados en dichas transacciones tenían que engrosar un fondo especial no susceptible de distribución, como lo dispone el artículo 10 de la Ley 79 de 1988.

Refirió que al haber destinado el excedente fiscal en forma diferente a lo previsto por la ley, la consecuencia debe ser la de gravar la totalidad del beneficio neto, conforme lo prevén los artículos 1.2.1.5.12 y 1.2.1.5.17 del Decreto 1625 de 2016.

Así pues, rechazó la totalidad de lo incluido por el contribuyente como renta exenta.

De otra parte, la DIAN precisó que, a diferencia de lo señalado por CONAFE en la contestación al requerimiento especial, la entidad sí tuvo en cuenta la información contenida en los libros contables de la

cooperativa y realizó las visitas pertinentes y los cruces de información requeridos.

Manifestó que tan cierto es que la autoridad tributaria analizó los libros contables, que en el requerimiento especial indicó que las cifras declaradas coincidían con el libro mayor y balance; situación que en todo caso no da lugar a tener por creíbles o aceptados dichos valores, pues la contabilidad no se encontraba llevando en debida forma.

Adujo que la entidad valoró toda la información recaudada en la diligencia de registro, así como aquella que por solicitud misma de la DIAN fue allegada por CONAFE y de manera incompleta.

Frente a la sanción por inexactitud, corroboró que se encontraban demostrados los presupuestos para su imposición, habida cuenta que CONAFE no sólo omitió ingresos, sino que incluyó costos, deducciones y exenciones inexistentes, lo cual originó un menor saldo a pagar.

Finalmente, en lo que respecta a la sanción establecida en el artículo 658-1 del ET e impuesta al representante legal del contribuyente y al señor Jhon Jairo Agudelo en calidad de revisor fiscal de la cooperativa, la DIAN explicó que aquella es procedente, por lo siguiente.

Indicó que el gerente de CONAFE no sólo avaló la declaración de renta en la que se incurrió en omisión de ingresos e inclusión de costos y deducciones inexistentes por llevar doble contabilidad, sino que además conocía todo lo relacionado con dichas actividades, pues fue él mismo quien ordenó la eliminación de las facturas.

En lo que respecta a quien fungió como revisor fiscal, la DIAN señaló que una de las funciones primordiales de quien ejerza el citado cargo consiste en verificar que las operaciones desarrolladas por la empresa se ajusten a la ley, y estar atento a que se cumplan las obligaciones con el fisco.

Manifestó que el revisor fiscal tiene la obligación de tomar medidas cuando advierta la comisión de irregularidades, así como de denunciarlas.

Consideró inadmisibles que el señor Jhon Jairo Agudelo en las auditorías realizadas o en los documentos auditados no hubiera detectado que CONAFE estaba eliminando facturas, incurriendo en doble contabilidad e incumpliendo con el interés colectivo.

Reprochó que el revisor fiscal hubiese avalado la distribución de los excedentes contables, lo cual no se realizó conforme a la ley cooperativa.

Sostuvo que el hecho que el señor Jhon Jairo Agudelo hubiera denunciado los hechos anómalos descubiertos por la DIAN, ello no desvirtúa la sanción impuesta, ya que como lo manifestó en su testimonio, aquel se percató de incumplimiento de pagos de impuestos, de mora en inversión en educación, de incumplimiento de la ley cooperativa, y de incumplimiento de otras normas legales; todo lo cual no fue puesto en conocimiento de las autoridades competentes.

Precisó que la sanción prevista en el artículo 659 del ET contra el señor Jhon Jairo Agudelo, se tramitaría por el proceso especial señalado en los artículos 660, 661 y 661-1 *ibidem*, una vez se agotaran los recursos en sede administrativa o adquiriera firmeza el acto liquidatorio.

- s) La liquidación oficial de revisión fue notificada a CONAFE y al representante legal de dicha cooperativa el 11 de septiembre de 2017⁴⁴; mientras que al señor Jhon Jairo Agudelo se le notificó el 7 de septiembre del mismo año⁴⁵.
- t) El 7 de noviembre de 2017, el señor Jhon Jairo Agudelo interpuso recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión⁴⁶, aduciendo lo que se indica en seguida.

Expuso que, tal como se extrae de los testimonios recaudados en la diligencia de registro, en CONAFE existía un concierto para cometer hechos ilícitos entre el representante legal y dos de los funcionarios de la cooperativa, sin que en ello estuviera incluido el señor Jhon Jairo Agudelo.

Indicó que el informe de auditoría informática concluyó que los archivos magnéticos recolectados en la diligencia de registro coincidían con las declaraciones tributarias presentadas.

Afirmó que no laboró como revisor fiscal en CONAFE desde febrero de 2014, tal como consta en el certificado de la Cámara de Comercio.

Mencionó que ante la negativa del representante legal de CONAFE de aceptar la renuncia que presentó el señor Jhon Jairo Agudelo, éste tuvo

⁴⁴ Páginas 268, 269, 272 y 273 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ Páginas 270 y 271 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁶ Páginas 277 a 304 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

que acudir el 13 de enero de 2014 a una notaría para manifestar su intención de apartarse del cargo de revisor fiscal; siendo posteriormente aceptada su dimisión el 1º de febrero de 2014.

Aseguró que la contabilidad que revisó cumplía los requisitos legales; que nunca tuvo sospecha de que el área comercial estuviera elaborando, en complicidad con el gerente, dobles facturas, de las cuales pasaban sólo una a contabilidad y la otra era eliminada.

Adujo que aun cuando ya había renunciado, se vio forzado por el representante legal de la cooperativa a firmar la declaración de renta del año gravable 2014, lo cual hizo tomando en todo caso las previsiones ordenadas por la Ley 43 de 1990, esto es, se aseguró de que las facturas que le pasó CONAFE tuvieran consecutivo y cumplieran los requisitos de ley, de que los balances fueran tomados de los libros de contabilidad, de que los libros contables estuvieran llevados en debida forma y de que los comprobantes que le enseñaron reflejaran la situación de la empresa.

Precisó que confiaba en el sistema de facturación porque éste había sido implementado para impedir la modificación de las facturas, y no podía sospechar que quienes tenían las claves de acceso, ingresaran y defraudaran el sistema.

Negó que hubiese avalado la distribución de los excedentes contables, ya que esa no hacía parte de sus funciones sino de la asamblea general de asociados.

Reprochó que se entienda al revisor fiscal como un órgano de aseguramiento y fiscalización, de manera que no puede exigirse que se auditara un software de facturación o que controlara que un directivo de la empresa organice y gestione una estructura para cometer ilícitos de manera oculta.

Recordó que el contador público y/o revisor fiscal no son responsables de los actos administrativos de las empresas o personas para las cuales prestan sus servicios.

Finalmente recalcó que con su firma en la declaración de renta del año gravable 2014, avaló y certificó que: **i)** los libros de contabilidad se encontraban llevados en debida forma para ese período gravable; **ii)** que los libros de contabilidad reflejaban razonablemente la situación financiera de la empresa, de conformidad con los documentos puestos a su disposición y las factura de compra y venta que cumplían los

requisitos de ley; **iii)** que las operaciones que respaldaban la contabilidad eran coherentes con las partidas asentadas en los libros; y **iv)** que en los libros se efectuaban los asientos con todos los requisitos.

Con el recurso allegó declaración extra juicio rendida por el señor Carlos Alberto Montoya Ríos⁴⁷, así como la carta de renuncia presentada ante la Notaría Tercera de Manizales⁴⁸, y el certificado expedido por la Cámara de Comercio en relación con la aprobación de su renuncia como revisor fiscal⁴⁹.

- u) Mediante Resolución nº 1023620181598 del 31 de julio de 2018⁵⁰, la División de Gestión Jurídica de la DIAN Seccional Manizales confirmó la liquidación oficial de revisión así como la sanción impuesta al señor Jhon Jairo Agudelo.

Inicialmente, la DIAN citó el artículo 658-1 del ET que contempla la sanción discutida, así como el artículo 207 del Código de Comercio en relación con las funciones de la revisoría fiscal.

A continuación indicó que el señor Jhon Jairo Agudelo fungía como revisor fiscal de CONAFE y que fue partícipe activo de la diligencia de registro que tuvo lugar el 22 de octubre de 2015.

Refirió que el señor Jhon Jairo Agudelo aceptó haber obrado como revisor fiscal por el año gravable 2014, cumpliendo, entre otras funciones, con la de avalar la declaración de renta correspondiente a esa vigencia fiscal.

Manifestó que no era coherente sino contradictoria la afirmación del recurrente en el sentido que no había laborado para la cooperativa en 2014, pero a su vez reconocer que fungió como revisor fiscal en esa vigencia.

Sostuvo que las glosas hechas por la DIAN fueron producto también de la información exógena, la cual no era consistente con lo declarado y dio lugar a las modificaciones efectuadas en la liquidación oficial de revisión; de manera que son inadmisibles las disculpas del recurrente en el ejercicio de su profesión.

Aseguró que no hay duda de que existieron graves irregularidades en

⁴⁷ Páginas 306 y 307 del archivo nº 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Página 308 del archivo nº 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁹ Páginas 309 a 315 del archivo nº 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁰ Páginas 330 a 339 del archivo nº 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

relación con la facturación, con la contabilidad y con las operaciones realizadas con terceros, lo que deja en entredicho la función fiscal que en su momento debió haber desplegado el revisor.

Estimó que la firma del revisor fiscal en las declaraciones tributarias no sólo implica la emisión de una opinión sobre la razonabilidad, credibilidad, confiabilidad, sino además y más importante, la realidad de los hechos económicos de la empresa, reflejados en los estados financieros.

Adujo que el artículo 658-1 del ET no puede imponerse cuando las deducciones o los costos de una determinada declaración estén en la contabilidad y reflejan la realidad económica del contribuyente; situación que no se presentó en este caso.

- v) La resolución que resolvió el recurso de reconsideración fue notificada al señor Jhon Jairo Agudelo el 10 de agosto de 2018⁵¹.
- w) De conformidad con concepto n° CTCP-10-01200-2017 del 17 de octubre de 2017⁵², proferido por el CTCP, la firma de los estados financieros en calidad de contador público o revisor fiscal no está condicionada a un vínculo laboral o contractual, ya que aquella manifiesta la fe pública del profesional en cuanto a la razonabilidad y veracidad de los estados financieros, bien sea respecto de la preparación de los mismos en calidad de contador público, o por la emisión de una opinión acerca de la razonabilidad de dichas cifras en calidad de revisor fiscal.

2. Generalidades sobre la sanción objeto de debate

La sanción que convoca la atención de la Sala en este asunto se encuentra prevista por el artículo 658-1 del ET, así:

ARTÍCULO 658-1. SANCIÓN A ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES LEGALES. *Cuando en la contabilidad o en las declaraciones tributarias de los contribuyentes se encuentren irregularidades sancionables relativas a omisión de ingresos gravados, doble contabilidad e inclusión de costos o deducciones inexistentes y pérdidas improcedentes, que sean ordenados y/o aprobados por los representantes que deben cumplir deberes formales de que trata el artículo 572 de este Estatuto, serán sancionados con una multa equivalente al veinte por ciento (20%) de la sanción impuesta al contribuyente, sin exceder de 4.100 UVT, la cual no podrá ser sufragada por su representada.*

⁵¹ Página 344 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵² Páginas 109 a 111 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

La sanción prevista en el inciso anterior será anual y se impondrá igualmente al revisor fiscal que haya conocido de las irregularidades sancionables objeto de investigación, sin haber expresado la salvedad correspondiente.

Esta sanción se propondrá, determinará y discutirá dentro del mismo proceso de imposición de sanción o de determinación oficial que se adelante contra la sociedad infractora. Para estos efectos las dependencias competentes para adelantar la actuación frente al contribuyente serán igualmente competentes para decidir frente al representante legal o revisor fiscal implicado.

De conformidad con el contenido de la citada norma, y para el caso puntual de los revisores fiscales, los supuestos de configuración de la sanción que allí se establece, son:

Conducta sancionable: radica en haber conocido de las irregularidades sancionables relativas a omisión de ingresos gravados, doble contabilidad e inclusión de costos o deducciones inexistentes y pérdidas improcedentes, que se hubieren encontrado en la contabilidad o en las declaraciones tributarias de los contribuyentes, y no haber expresado la salvedad correspondiente.

Sanción: consiste en multa equivalente al 20% de la sanción impuesta al contribuyente, sin exceder de 4.100 UVT, que no puede ser sufragada por la respectiva empresa.

Competente para imponerla: la dependencia de la administración de impuestos que se encuentre facultada para adelantar la actuación frente al contribuyente.

Procedimiento: la sanción se propondrá, determinará y discutirá dentro del mismo proceso de imposición de sanción o de determinación oficial que se adelante contra el contribuyente, esto es, a través de la liquidación oficial de revisión.

3. Examen del caso concreto

Atendiendo el material probatorio allegado al expediente y al cual se hizo referencia en el acápite correspondiente, este Tribunal pasa a analizar si en el presente asunto se cumplieron los supuestos para imponer la sanción de que fue objeto el señor Jhon Jairo Agudelo por parte de la DIAN.

Previo a lo anterior, esta Sala debe precisar que como los actos administrativos objeto de este proceso no fueron demandados por CONAFE,

y la parte actora no tiene legitimación en la causa por activa para controvertir la modificación oficial al impuesto sobre la renta ni la sanción por inexactitud a cargo de la cooperativa contribuyente, no le está permitido a este Tribunal estudiar algunos de los argumentos del demandante tendientes a demostrar que la DIAN incurrió en yerros en lo que respecta a las modificaciones hechas a la declaración de renta del año 2014.

Por lo contrario, el análisis que se haga en este caso debe partir necesariamente de la firmeza de tales modificaciones y sanciones, lo cual incide en el análisis que se haga en esta sentencia respecto de la sanción proferida contra el accionante; y, además, tiene que versar sobre la motivación y acreditación de los supuestos consagrados en la ley para la imposición de la sanción que aquí se debate.

A igual conclusión llegó el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento del 30 de junio de 2022⁵³.

Hecha esa anotación, se recuerda que la conducta generadora de la sanción, específicamente en lo que respecta al revisor fiscal, consiste en haber conocido de las irregularidades sancionables relativas a omisión de ingresos gravados, doble contabilidad e inclusión de costos o deducciones inexistentes y pérdidas improcedentes, que se hubieren encontrado en la contabilidad o en las declaraciones tributarias de los contribuyentes, y no haber expresado la salvedad correspondiente.

Para el caso concreto se observa que en la declaración del impuesto sobre la renta presentada por CONAFE en relación con el año gravable 2014, la DIAN encontró irregularidades objeto de sanción, tales como: omisión de ingresos gravados, doble contabilidad, inclusión de costos o deducciones inexistentes, y tratamiento improcedente del beneficio neto o excedente fiscal como renta exenta.

Aun cuando en el expediente consta que al señor Jhon Jairo Agudelo le fue aceptada su renuncia como revisor fiscal de CONAFE en acta del 1º de febrero de 2014, inscrita en la Cámara de Comercio el 14 de abril de 2014⁵⁴, lo cierto es que en el RUT de la cooperativa obrante en el expediente, se observa que aún para el 8 de febrero de 2016, fecha en la que se expidió dicho registro, el accionante todavía figuraba en calidad de revisor fiscal⁵⁵.

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Sentencia del 30 de junio de 2022. Radicación número: 17001-23-33-000-2019-00119-01 (26045).

⁵⁴ Páginas 277 a 304 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁵ Página 29 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

De lo discurrido en este proceso se entiende que CONAFE era una contribuyente que se encontraba obligada a tener revisor fiscal, de manera que, conforme al literal d) del artículo 580 del ET, para la presentación de sus declaraciones tributarias, éstas debían contar con la firma de aquel, so pena de tenerse por no presentadas.

La declaración del impuesto de renta que CONAFE presentó respecto del año gravable 2014 tiene el sello que da cuenta de que el documento fue firmado digitalmente por quienes se encontraban obligados a ello⁵⁶.

Teniendo pues en cuenta que para esa época el señor Jhon Jairo Agudelo figuraba aún como revisor fiscal de CONAFE, y que el denuncia rentístico fue firmado por los obligados, esta Sala entiende que el demandante firmó la declaración de renta objeto de análisis; hecho que en todo caso no fue discutido por las partes.

Según consta en la declaración de renta referida⁵⁷, ésta fue firmada sin dejar ninguna salvedad.

Ahora bien, para que proceda la sanción establecida en el artículo 658-1 del ET, se requiere además de los supuestos ya analizados, el relativo a que el revisor fiscal “(...) *haya conocido de las irregularidades sancionables objeto de investigación* (...)”.

Tal como se observa, no basta con que la declaración presente irregularidades objeto de sanción, sino que la norma exige que el revisor fiscal hubiese conocido de las mismas y, no obstante ello, no hubiera dejado salvedades al momento de presentar el respectivo denuncia rentístico.

El supuesto conocimiento que el demandante tuvo de las irregularidades que merecieron la modificación de la liquidación privada de CONAFE para la vigencia fiscal 2014, es entonces el tema de discusión en este asunto.

De conformidad con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁵⁸, dentro de las definiciones del verbo *conocer*, se encuentran las siguientes:

1. *tr. Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas.*

⁵⁶ Página 8 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁷ Página 8 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁸ <https://dle.rae.es/conocer?m=form>

2. tr. Entender, advertir, saber, echar de ver a alguien o algo.

3. tr. Percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él.

(...)

5. tr. Experimentar, sentir algo. (...).

(...)

Atendiendo lo previsto por el literal a) del numeral 1 del artículo 13 de La Ley 43 de 1990, con la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de contador público y se dictan otras disposiciones, la revisoría fiscal es una función exclusiva de los contadores públicos.

Aun cuando en la ley no existe una definición oficial sobre la revisoría fiscal, en el Pronunciamiento 7 del CTCP⁵⁹, se indicó que: *“La revisoría fiscal es un órgano de fiscalización que, en interés de la comunidad, bajo la dirección y responsabilidad del revisor fiscal y con sujeción a las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas, le corresponde dictaminar los estados financieros y revisar y evaluar sistemáticamente los componentes y elementos que integran el control interno, en forma oportuna e independiente en los términos que señala la ley, los estatutos y los pronunciamientos profesionales”*.

El CTCP explicó en el referido pronunciamiento que la revisoría fiscal es una figura ejercida por profesionales idóneos, de aquilatada honradez, integridad y responsabilidad, investidos de la representación permanente de los inversionistas, la comunidad y el gobierno, en virtud de lo cual deben informar regularmente a éstos cómo ha sido manejada la entidad, cómo han funcionado los controles, si los administradores de la empresa cumplen sus deberes legales y estatutarios, y si los estados financieros reflejan fielmente la situación financiera de la entidad y sus resultados económicos.

El artículo 207 del Código de Comercio contempla las funciones del revisor fiscal, así:

ARTÍCULO 207. FUNCIONES DEL REVISOR FISCAL. *Son funciones del revisor fiscal:*

1) *Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;*

⁵⁹ <https://cijuf.org.co/CTCP/pronunciamientos/PRONUNC7.pdf>

- 2) *Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;*
- 3) *Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;*
- 4) *Velar por que se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines;*
- 5) *Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;*
- 6) *Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;*
- 7) *Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;*
- 8) *Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y*
- 9) *Cumplir las demás atribuciones que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.*
- 10) *Reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero las operaciones catalogadas como sospechosas en los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto-ley 663 de 1993, cuando las adviertan dentro del giro ordinario de sus labores.*

PARÁGRAFO. *En las sociedades en que sea meramente potestativo el cargo del revisor fiscal, éste ejercerá las funciones que expresamente le señalen los estatutos o las juntas de socios, con el voto requerido para la creación del cargo; a falta de estipulación expresa de los estatutos y de instrucciones concretas de la junta de socios o asamblea general, ejercerá las funciones indicadas en este artículo. No obstante, si no es contador público, no podrá autorizar con su firma balances generales, ni dictaminar sobre ellos.*

Para el cumplimiento de dichas funciones de fiscalización y aseguramiento,

el revisor fiscal debe realizar un examen o auditoría integral, que tiene que cumplir los siguientes objetivos, de acuerdo con lo señalado en el Pronunciamiento 7 emitido por el CTCP:

- *Determinar, si a juicio del revisor fiscal, los estados financieros del ente se presentan de acuerdo con las normas de contabilidad de general aceptación en Colombia - auditoría financiera.*
- *Determinar si el ente ha cumplido con las disposiciones legales que le sean aplicables en el desarrollo de sus operaciones - auditoría de cumplimiento.*
- *Evaluar el grado de eficiencia y eficacia en el logro de los objetivos previstos por el ente y el grado de eficiencia y eficacia con que se han manejado los recursos disponibles - auditoría de gestión.*
- *Evaluar el sistema de control interno del ente para conceptuar sobre lo adecuado del mismo - auditoría de control interno.*

De otra parte, en lo que respecta al alcance y efectos que produce la firma del revisor fiscal en una declaración de renta, el artículo 581 del ET dispone:

ARTICULO 581. EFECTOS DE LA FIRMA DEL CONTADOR. *Sin perjuicio de la facultad de fiscalización e investigación que tiene la Administración de Impuestos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los contribuyentes, responsables o agentes retenedores, y de la obligación de mantenerse a disposición de la Administración de Impuestos los documentos, informaciones y pruebas necesarios para verificar la veracidad de los datos declarados, así como el cumplimiento de las obligaciones que sobre contabilidad exigen las normas vigentes, la firma del contador público o revisor fiscal en las declaraciones tributarias, certifica los siguientes hechos:*

- 1. Que los libros de contabilidad se encuentran llevados en debida forma, de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y con las normas vigentes sobre la materia.*
- 2. Que los libros de contabilidad reflejan razonablemente la situación financiera de la empresa.*
- 3. Que las operaciones registradas en los libros se sometieron a las retenciones que establecen las normas vigentes, en el caso de la declaración de retenciones.*

Descendiendo al caso concreto y revisados los actos atacados, este Tribunal advierte que el conocimiento que la DIAN considera tuvo el señor Jhon Jairo Agudelo de las irregularidades encontradas en la declaración de renta de CONAFE, deviene necesariamente de su condición de revisor fiscal y del aval que con su firma hizo respecto de la declaración de renta del año gravable 2014. Se explica.

En razón de la calidad con la que el accionante actuó, esto es, de revisor fiscal, y atendiendo las especiales y delicadas funciones que la ley asigna a este tipo de funcionarios, en criterio de la entidad demandada, el actor tenía que conocer las graves irregularidades presentadas en CONAFE en relación con la facturación, la contabilidad y las operaciones realizadas con terceros, quedando en entredicho la función fiscal que en su momento desplegó.

Ese es el entendimiento que sobre la sanción del artículo 658-1 del ET se desprende de varias providencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁶⁰, en las que el Alto Tribunal infiere que el conocimiento surge del ejercicio mismo de las funciones del revisor fiscal, al avalar con su firma en las declaraciones tributarias que luego son modificadas por la administración, los hechos irregulares que dieron lugar a esas modificaciones. En otras palabras, las responsabilidades que legalmente se encuentran asignadas a los revisores fiscales, los hacen susceptibles a éstos de la sanción contemplada en el artículo 658-1 del ET.

De hecho, en reciente sentencia⁶¹, la Sección Cuarta reiteró el criterio expuesto en otros pronunciamientos, en punto a que *“(...) la firma de declaración tributaria por parte de este funcionario determina su responsabilidad en las irregularidades cometidas en la contabilidad y en las declaraciones tributarias, toda vez que, el revisor fiscal tiene la obligación de verificar que los actos y operaciones económicas de la empresa se ajusten a lo reglado en los estatutos y la ley⁶², y que esta (sic) cumpla con las obligaciones que tiene con las entidades del*

⁶⁰ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado: **i)** 31 de agosto de 2023 (Consejero Ponente: Dr. Milton Chaves García, radicación número: 54001-23-33-000-2015-00377-01(25762)); **ii)** 10 de agosto de 2023 (Consejero Ponente: Dr. Milton Chaves García, radicación número: 54001-23-33-000-2015-00180-01(24325)); **iii)** 26 de julio de 2023 (Consejera Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación número: 68001-23-33-000-2018-00734-01(26666)); **iv)** 17 de noviembre de 2022 (Consejera Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación número: 54001-23-33-000-2014-00322-01(26720)); **v)** 3 de noviembre de 2022 (Consejero Ponente: Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación número: 08001-23-33-000-2016-00287-01 (24145)); **vi)** 29 de septiembre de 2022 (Consejero Ponente: Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación número: 54001-23-33-000-2018-00306-01(25628)); **vii)** 30 de junio de 2022 (Consejero Ponente: Dr. Milton Chaves García, radicación número: 68001-23-33-000-2016-00399-02 (25997)); **viii)** 30 de junio de 2022 (Consejera Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación número: 17001-23-33-000-2019-00119-01 (26045)); **ix)** 23 de junio de 2022 (Consejera Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación número: 54001-23-33-000-2014-00244-01(23732)); **x)** 28 de abril de 2022 (Consejera Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación número: 17001-23-33-000-2018-00238-01(25789)); **xi)** 17 de febrero de 2022 (Consejero Ponente: Dr. Milton Chaves García, radicación número: 17001-23-33-000-2016-00450-01(25545)); **xii)** 19 de noviembre de 2020 (Consejero Ponente: Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez (E), radicación número: 54001-23-33-000-2014-00328-01(24318)); y **xiii)** 9 de julio de 2020 (Consejero Ponente: Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez (E), radicación número: 54001-23-33-000-2014-00243-01(24371)).

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Milton Chaves García. Sentencia del 30 de junio de 2022. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00399-02 (25997).

⁶² Cita de cita: Artículo 207 del Código de Comercio y Ley 43 de 1990.

Estado, como es el acatamiento de obligaciones formales y sustanciales en lo relativo a impuestos, así como advertir de la existencia de estas irregularidades a los órganos de dirección de la empresa o a las entidades respectivas, como la DIAN". Acotó en el mismo fallo que: "(...) la sola firma del contador o revisor fiscal en la declaración tributaria supone asumir la responsabilidad por el total de su contenido".

Atendiendo las referencias que sobre la naturaleza, funciones y alcance de la labor de los revisores fiscales se hicieron anteriormente, en concordancia con la numerosa jurisprudencia citada sobre la materia, esta Sala considera que, en efecto, de las facultades intelectuales que se predicán y exigen de quienes realizan dicha actividad, es evidente que les es connatural averiguar, advertir, percibir o conocer el estado financiero real de la empresa para la cual prestan sus servicios, el cual certifican y avalan al momento de plasmar su firma en actos tales como una declaración tributaria.

Este Tribunal no desconoce que evidentemente pueden existir situaciones o conductas que escapen al conocimiento y control de un revisor fiscal, al producirse o realizarse de manera soterrada, como al parecer sucedió en este caso. Sin embargo, la Sala echa de menos que el accionante hiciera uso de los mecanismos y habilidades propias de su profesión y que se exigen para llevar a cabo la importante labor de fiscalización que le era propia.

En efecto, de lo encontrado por la DIAN respecto de la declaración de renta de la cooperativa, no se advierte que el accionante realizara la auditoría integral que se le exige y que incluye no sólo la conformidad de los estados financieros con las normas de contabilidad, sino que abarcaba la verificación del cumplimiento de las disposiciones legales aplicables, la evaluación del grado de eficiencia y eficacia en el logro de los objetivos y el grado de eficiencia y eficacia con que se manejaron los recursos disponibles, y la valoración del sistema de control interno.

Nótese que las modificaciones a la liquidación privada de CONAFE no tuvieron sustento únicamente en las facturas halladas en la diligencia de registro, sino también en la inclusión de costos y deducciones improcedentes, así como en la inclusión indebida del beneficio neto o excedente como renta exenta; temas que si bien, como se indicó al inicio del examen concreto, no pueden ser estudiados por la Corporación, sí denotan que el accionante en su condición de revisor fiscal pareciera no haber acudido al análisis de la información exógena, al cotejo de la documentación existente con los libros contables, a la conciliación bancaria, a los inventarios de café, a la circularización de clientes, entre otros mecanismos de que disponía para certificar la real situación financiera de la cooperativa, sino que se limitó a

estudiar la información que se le suministró y cuyo contenido tampoco está probado en la actuación.

No puede igualmente pasarse por alto el hecho que el demandante actuara con desconocimiento de uno de sus propios actos, como fue la renuncia que presentó y que le fue aceptada; omitiendo también las consecuencias fiscales de que permaneciera vigente su designación como revisor fiscal en el RUT de CONAFE.

Aun cuando en la demanda el actor asegura que sólo actuó como revisor para una actividad concreta, lo cierto es que, más allá de la afirmación hecha, no aportó prueba de ello, y además se observa, como se dijo, que no sólo continuaba figurando en el RUT como revisor fiscal de CONAFE y firmó la declaración de renta, sino que aprobó el balance general⁶³ y la expedición del dictamen con corte a 31 de diciembre de 2014⁶⁴.

Todo lo anterior permite inferir que el señor Jhon Jairo Agudelo no había cesado en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, se cumple el último de los requisitos para configurar la conducta sancionable, por cuanto, al haber ejercido la revisoría fiscal durante el año gravable 2014 –independientemente de que al parecer no realizara su labor conforme le era debido–, y haber firmado la declaración de renta por esa vigencia fiscal, el señor Jhon Jairo Agudelo tuvo conocimiento de las irregularidades que generaron la modificación de la liquidación privada de CONAFE.

Ahora, en relación con los demás elementos que integran la sanción contemplada por el artículo 658-1 del ET, se advierte que la multa no excedió las 4.100 UVT; que fue impuesta por la misma autoridad facultada para adelantar la actuación frente al contribuyente; y que se propuso, determinó y discutió dentro del mismo proceso de determinación oficial que se adelantó contra CONAFE, esto es, a través de la liquidación oficial de revisión.

Este Tribunal concluye entonces que el accionante incurrió en la conducta infractora y que se cumplieron los restantes supuestos para la imposición de la sanción objeto de debate.

Finalmente, debe precisar la Sala que aunque en el requerimiento especial se mencionó también la sanción de que tratan los artículos 660, 661 y 661-1 del ET, la cual no es objeto del presente proceso judicial, lo cierto es que se observa

⁶³ Páginas 20 a 23 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁴ Páginas 17 y 18 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

que en la liquidación oficial de revisión objeto de discusión en este asunto, se indicó que aquella sería tramitada conforme lo disponen dichas normas, por lo que se entiende que la misma realmente no se le impuso.

4. 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 Estado⁶⁵, 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 proceso⁶⁶ 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 CGP⁶⁷, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁶⁸ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁶⁹.

⁶⁵ 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).

⁶⁶ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁶⁷ 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. [...]"

⁶⁸ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁶⁹ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio

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, 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 CGP.

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”⁷⁰.

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷¹ 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 Corporación⁷², 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-.*

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”

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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).

⁷² 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).

- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no 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 CGP⁷³, 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 el Juez de primera instancia condenó en costas a la parte demandante sin realizar ningún análisis al respecto.

Siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, encuentra esta Corporación que los

⁷³ 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:(...)”

gastos o expensas en los que eventualmente incurrió la parte demandada 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 esta Sala de Decisión, su imposición se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la parte accionada fue representada judicialmente por profesional del derecho que intervino activamente en todas las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo contestó la demanda, sino que también alegó de conclusión.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas a la parte accionante, 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 las pruebas obrantes en el expediente, esta Sala de Decisión estima al demostrarse que se cumplieron los supuestos para la imposición de la sanción prevista por el artículo 658-1 del ET a cargo del señor Jhon Jairo Agudelo, la sentencia proferida en primera instancia debe ser confirmada, sin perjuicio de la modificación que se realizará en relación con la condena en costas, para precisar que ésta procede únicamente por agencias en derecho y no por concepto de gastos o expensas.

Costas

Atendiendo lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado, el Tribunal observa que si bien no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, lo cierto es que sí está demostrado que ésta se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial a través de abogado que intervino activamente en la segunda instancia, razón por la cual es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho, a cargo de la parte actora, a quien se le resolvió desfavorablemente su recurso de apelación.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo de la parte accionante, un salario mínimo legal mensual vigente.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

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. MODIFÍCASE el ordinal segundo de la sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Jairo Agudelo contra la DIAN, **en el sentido que** la condena en costas a la parte accionante procede únicamente en lo que respecta a las agencias en derecho y no por concepto de gastos o expensas.

Segundo. En lo demás, **CONFÍRMASE** el fallo objeto de apelación.

Tercero. CONDÉNASE en costas de segunda instancia a la parte demandante por concepto de agencias en derecho. La liquidación se hará por el Juzgado de primera instancia, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

Cuarto. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JOSÉ FROILÁN RAMÍREZ SIERRA, identificado con la cédula de ciudadanía n° 10'225.368 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 120.492 del Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe en nombre y representación de los intereses de la parte actora en este proceso, de conformidad con el poder allegado al expediente⁷⁴.

Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

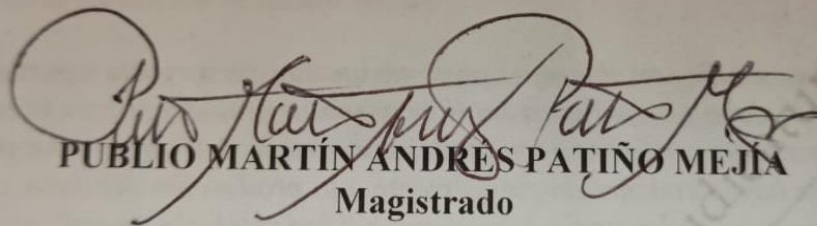
⁷⁴ Archivo n° 14 del cuaderno 2 del expediente digital.

Sexto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009
FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 022

Asunto: Niega solicitud aclaración auto
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2022-00266-02
Demandante: Dirección Territorial de Salud de Caldas (DTSC)
Demandados: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)
Departamento de Caldas
Hospital San Cayetano de Marquetalia ESE

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la solicitud de aclaración del auto de segunda instancia proferido por este Tribunal el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo siguiente.

ANTECEDENTES

El 24 de noviembre de 2023, el Tribunal Administrativo de Caldas dictó auto en segunda instancia¹ dentro del proceso promovido por la Dirección Territorial de Salud de Caldas (DTSC)² contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)³, el Departamento de Caldas y la ESE Hospital San Cayetano de Marquetalia.

¹ Archivo nº 003 del cuaderno 2 del expediente digital.

² En adelante, DTSC.

³ En adelante, COLPENSIONES.

A través de dicha providencia, el Tribunal revocó el auto del veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023), con el cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales negó la medida cautelar solicitada por la DTSC. En su lugar, la Sala decretó la suspensión provisional parcial de los efectos jurídicos de las Resoluciones n° 030119 del 28 de septiembre de 2004 y n° SUB 76231 del 16 de marzo de 2022, únicamente en lo que respecta al porcentaje de la cuota parte pensional asignada a la DTSC, en el marco del reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la señora Libia Inés Giraldo Giraldo. Adicionalmente, ordenó a COLPENSIONES responder de forma íntegra por el porcentaje de la cuota parte pensional asignado a la DTSC, hasta que se decidiera de fondo el presente asunto; aclaró que sin perjuicio de la medida cautelar decretada, sería en la sentencia que cierre la instancia donde se decidiría en forma definitiva la legalidad de los actos cuestionados; y advirtió que la suspensión provisional parcial de los actos demandados no afectaba en modo alguno el reconocimiento de la pensión de vejez de que goza la señora Libia Inés Giraldo Giraldo, ya que aquella recae únicamente sobre el porcentaje de la cuota parte pensional asignada a la DTSC, el cual sería asumido en todo caso por COLPENSIONES hasta que se resolviera la litis.

Mediante memorial enviado el 29 de noviembre de 2023 al correo electrónico de la Secretaría de esta Corporación⁴, el apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó solicitud de aclaración del auto referido⁵, en los siguientes términos.

Adujo que en la parte motiva de la providencia el Tribunal afirmó que el pasivo pensional del sector salud causado hasta el 31 de diciembre de 1993, debía ser asumido por la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y las entidades territoriales correspondientes, y que en ningún momento les correspondía a las instituciones de salud.

Sostuvo que la anterior afirmación constituye un prejuzgamiento, ya que la responsabilidad del pasivo correspondiente a una cuota parte de una extrabajadora del sector salud es justamente uno de los problemas jurídicos que se deben debatir en este asunto, y el Tribunal al parecer es concluyente en establecer el titular de aquella responsabilidad, sin que sea éste el momento oportuno para ello.

Manifestó que la providencia va a sugerirle al Juez *a quo* que el Tribunal ya resolvió el litigio, y ello no es cierto, porque en esta etapa del proceso apenas se está realizando un examen preliminar del proceso.

⁴ Archivo n° 005 del cuaderno 2 del del expediente digital.

⁵ Archivo n° 006 del cuaderno 2 del del expediente digital.

Consideró entonces que es necesario que se aclare el auto en el sentido de señalar que lo afirmado sobre la responsabilidad del pasivo pensional del sector salud fue apenas un *obiter dicta*, que claramente se produce sin que hayan sido estudiadas las excepciones de las demandadas; decisión que le corresponde al Juez de primera instancia.

Expuso que otra opción podría ser negar de plano la solicitud de aclaración, aseverando que las aclaraciones sólo proceden respecto de los aspectos de la parte resolutive de las providencias y que, aun cuando excepcionalmente proceden contra expresiones de la parte considerativa, este supuesto no se configura en este caso por ser la citada afirmación irrelevante para las resultas de la decisión adoptada en la parte resolutive.

Estimó que de acudirse a esta opción, quedaría claro que no ha habido un prejuzgamiento, que las excepciones de mérito propuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no han sido estudiadas y que evidentemente no se ha decidido sobre la responsabilidad del pasivo pensional del sector salud, dado que ello es precisamente uno de los problemas jurídicos de la litis y el núcleo de la defensa de la referida entidad.

Señaló que si, por lo contrario, el Tribunal profiriere un auto afirmando que efectivamente ya prejuzgó y que es obvio para dicha Corporación que el responsable del pasivo es el Ministerio, se estaría configurando entonces una vía de hecho por prejuzgar y se estaría demostrando un desconocimiento del inciso 5º del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, que no ha sido modificado ni subrogado por ninguna de las normas mencionadas en la demanda.

El 11 de diciembre de 2023⁶, el asunto pasó a Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia.

Para resolver la solicitud objeto de análisis, se hacen las siguientes

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los artículos 285, 286 y 287 del Código General del Proceso (CGP)⁷, aplicables por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)⁸, establecen en relación con la aclaración, corrección y adición de las providencias, lo siguiente:

⁶ Archivo n° 007 del cuaderno 2 del expediente digital.

⁷ En adelante, CGP.

⁸ En adelante, CPACA.

ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. *La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

ARTÍCULO 287. ADICIÓN. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

Como se observa, la aclaración y adición de la sentencia o auto procede de oficio o a solicitud de parte dentro del término de ejecutoria de la misma; en

tanto que la corrección de errores aritméticos y otros procede, también de oficio o a solicitud de parte, en cualquier tiempo.

Tratándose en este caso de una supuesta solicitud de aclaración, es claro, conforme al artículo 285 del CGP, que debe presentarse dentro del término de ejecutoria.

A voces del artículo 302 del CGP, la providencia dictada fuera de audiencia queda ejecutoriada tres (3) días después de notificada, cuando carece de recursos, cuando han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.

Para el caso concreto, el auto proferido por la Sala fue notificado por estado nº 211 del 28 de noviembre de 2023, remitido a través de mensaje de datos de la misma fecha a los buzones electrónicos para notificaciones judiciales informados por las partes⁹.

En ese sentido, a la luz de lo dispuesto en el artículo 302 del CGP antes citado, el término de ejecutoria de la providencia referida vencería el 1º de diciembre de 2023; de manera que la solicitud de aclaración presentada el 29 de noviembre de 2023¹⁰, fue radicada en término.

Analizado el contenido del escrito presentado por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, esta Sala de Decisión estima que la circunstancia referida por dicha entidad escapa a la finalidad de la figura procesal de aclaración, tal como se explica en seguida.

El objeto de la aclaración es el de obtener que se dilucide algún concepto o frase que ofrezca verdadero motivo de duda, como lo autoriza el artículo 285 del CGP, y no reformar o modificar la decisión finalmente adoptada. Adicionalmente, la norma prevé que la aclaración será procedente si los conceptos motivo de duda están contenidos en la parte resolutive o influyen en ella.

Para el caso concreto se observa que la manifestación hecha por este Tribunal en el auto objeto de análisis y cuya aclaración pretende la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no sólo no tiene el alcance de un verdadero motivo de duda, sino que además no está contenido en la parte resolutive y tampoco influye en ésta.

⁹ Archivos nº 003 y 004 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁰ Archivo nº 005 del cuaderno 2 del del expediente digital.

En efecto, con la aclaración solicitada se pretende discutir el alcance y entendimiento que la Sala de Decisión hizo en la providencia en cuestión acerca de unas normas específicas y de una sentencia del Consejo de Estado, sin tener en cuenta que con el decreto de la medida cautelar no se ordenó a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público asumir la cuota parte pensional que había sido asignada a la DTSC, y tampoco se advierte que una consideración de tal naturaleza quedara plasmada en la parte resolutive o alterara o influyera en la determinación de suspender provisional y parcialmente las Resoluciones nº 030119 del 28 de septiembre de 2004 y nº SUB 76231 del 16 de marzo de 2022.

Adicionalmente la providencia fue clara en señalar de manera expresa que sería en la sentencia que cierre la instancia en la que se decidirá en forma definitiva la legalidad de los actos cuestionados y la responsabilidad de las entidades accionadas.

Bajo ese entendimiento, no es posible reformar o revocar las providencias judiciales so pretexto de aclarar, como expresamente lo prohíbe el artículo 285 del CGP y, en tal sentido, la solicitud que convoca la atención de esta Sala debe ser negada por improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

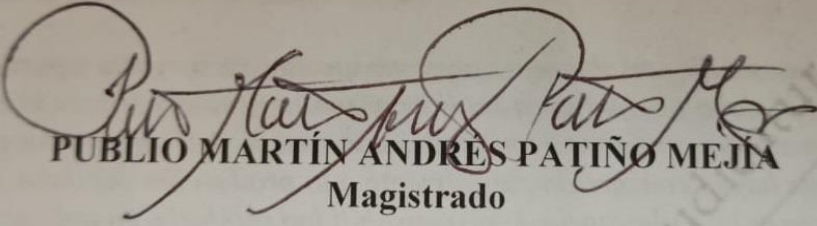
Primero. NIÉGASE por improcedente la solicitud de aclaración del auto de segunda instancia proferido por este Tribunal el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), que revocó la decisión de negar la medida cautelar solicitada por la DTSC.

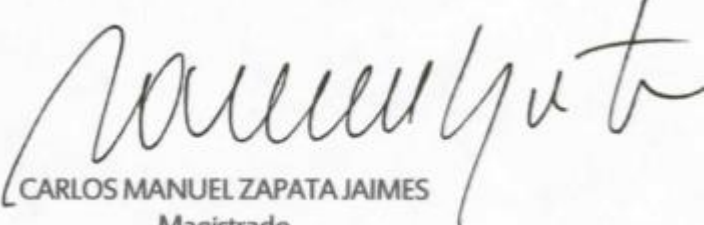
Segundo. Ejecutoriado este auto, **PROCÉDASE** de conformidad con la parte resolutive de la providencia mencionada.

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. 009
FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 018

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-005-2023-0313-02
Demandante:	Carolina Andrea Acevedo Camacho
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano, en calidad de Juez Quinto Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora Carolina Andrea Acevedo Camacho, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución Nro. DESAJMAR23-716 del 23 de agosto de 2023 “Por medio de la cual se resuelve una Petición” expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Seccional Manizales; y de la

¹ En adelante CGP.

² En adelante CPACA.

Resolución Nro. DESAJMAR23-735 del 29 de agosto de 2023 “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición”.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, que se reconozca y pague a la señora CAROLINA ANDREA ACEVEDO CAMACHO, la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar salario y demás emolumentos prestacionales que correspondan a los servidores públicos de la Rama Judicial, entre otros.

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es Juez el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano.

Por auto del 6 de diciembre de 2023, el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener ese servidor judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, el Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el Consejo de Estado⁴ ha sostenido al respecto que:

El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.

Como se puede apreciar, la causal invocada por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

Son causales de recusación las siguientes:

³ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Auto del 11 de mayo de 2006. Radicado número: 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362).

⁴ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado. Auto del 21 de abril de 2009. Radicado número: 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)IJ.

(...)

1. *Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Corte Constitucional en auto del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

(...)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se indica a continuación:

(...)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica⁸, lo siguiente:*

⁵ Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por la resolución cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso que eventualmente se fallare a favor de la parte accionante y, por tanto, habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por el Dr. Luis Gonzaga Moncada Cano, en calidad de Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Carolina Andrea Acevedo Camacho contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA. En consecuencia,

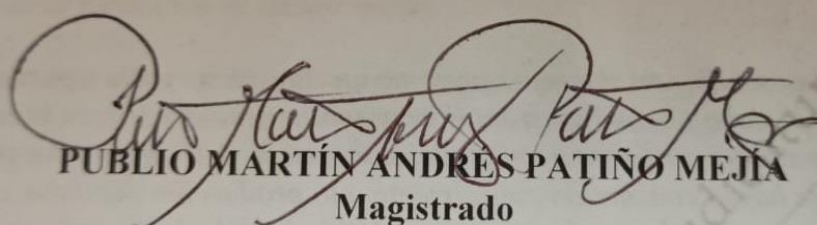
Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

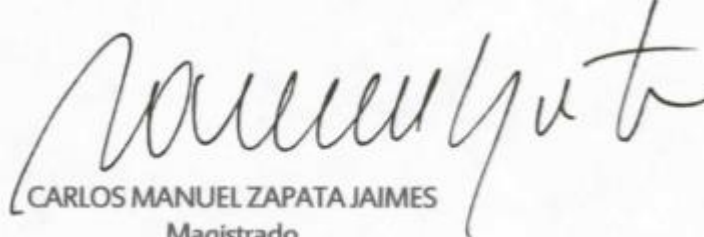
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **viernes veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase


AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:010

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-006-2022-00353-02
Demandante: Sandra Milena Marín Ríos
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Sandra Milena Marín Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 14 de octubre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Acto Administrativo ficto configurado el 12 de noviembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los

intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de

los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 12 de agosto de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones. Explicó que, el régimen dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que contempla el pago de sanción por mora por la consignación extemporánea de las cesantías, así como la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías, es exclusiva de los trabajadores particulares afiliados a fondo privados.

Frente a los hechos aclaró que las cesantías de los docentes son prepagadas al Fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la Nación a las entidades territoriales y se garantizan con el giro anual que hace el Ministerio de Hacienda de los recursos desde el Fonpet hacia el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que se haga una consignación de cesantías, sino que, cada 15 de febrero de cada vigencia realizan la actividad operativa de liquidación de valor de las cesantías, debido a que los recursos ya están en el Fondo.

Argumentó que los docentes son empleados públicos del orden nacional, que su régimen está regulado en la Ley 91 de 1989; se encuentran afiliados de forma obligatoria al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que no procede la aplicación del principio de favorabilidad en este caso, pues se desconocería el principio de inescindibilidad de la ley. Afirmó que, en el Fomag no existe una cuenta individual por docente, sino que se trata de un fondo común.

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

Departamento de Caldas:

Indicó que la parte demandante pretende hacer extensiva al personal docente la aplicación de normas de derecho privado o de los funcionarios públicos diferentes a los del magisterio, que se encuentran afiliados a los Fondos Privados de Cesantías y que poseen una cuenta individual de ahorro, lo que no

es procedente, dado que el magisterio tiene un régimen excepcional establecido en la ley 91 de 1989, desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Explicó que los docentes se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza y funcionamiento es diferente a la de los Fondos de ahorro individual para cesantías creados en virtud de la Ley 50 de 1990.

Sostuvo que, los recursos con los cuales se pagan las distintas prestaciones a cargo del Fondo, no son del Departamento, estos provienen del nivel central y los mismos no ingresan al presupuesto del ente territorial, por el contrario, estos rubros son administrados por Fiduciaria La Previsora, entidad que finalmente es la encargada de aprobar o no los proyectos de actos administrativos de reconocimiento que expiden las entidades certificadas y realiza el pago correspondiente.

Resaltó que no existe obligación alguna que desprenda que, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, debe intervenir en el presente proceso, cuando el actuar de este ente territorial y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio finiquita al momento de notificar el acto administrativo que resuelve la prestación, reiterando que conforme a la normatividad en cita, es la entidad fiduciaria la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

LA SENTENCIA APELADA

El veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022), el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 17, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto

es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 19, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La Nación-Ministerio de Educación Nacional se pronunció en esta etapa procesal en documento que obra en el archivo 22 de la actuación, reiterando los argumentos del escrito de respuesta a la demanda.

Las demás partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 30 de agosto de 2023, y allegado el 20 de septiembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 20 de septiembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7°. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto

correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la*

sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

*3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, **en cuenta individual a nombre del trabajador en***

el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

<i>Salario: \$1.200.000</i> <i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i> <i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i> <i>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000</i>	<i>Salario: \$1.200.000</i> <i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i> <i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i> <i>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840</i>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.445.102,00; e intereses a las cesantías por valor de \$533.559, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Acto Administrativo ficto configurado el 12 de noviembre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 13, archivo 04, C.1, exp. digital.

por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

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

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

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

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la*

Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que “El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”.

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, atendiendo que la sentencia de primera instancia será confirmada, y que por la interposición del recurso de apelación la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de

apoderada en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la parte actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo número PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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 junio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Sandra Milena Marín Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. CONDÉNASE EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

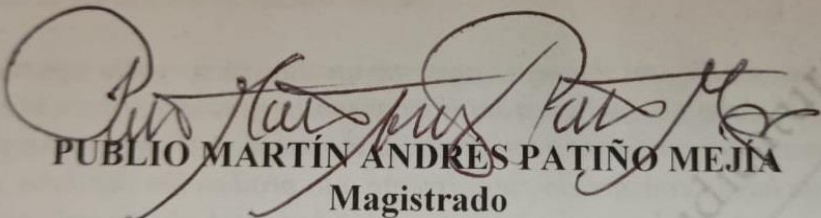
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

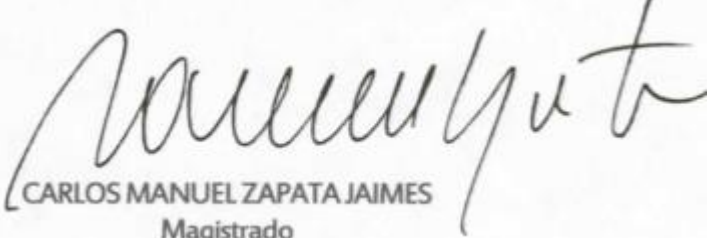
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

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. 009
FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 016

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-007-2016-00180-02
Demandante: Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta
nº003 del 19 de enero de 2024**

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

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 demandante contra la sentencia del catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 9 de junio de 2016², se solicitó lo siguiente³:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos:

¹ En adelante, CPACA.

² Página 1 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 7 y 8 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Acta n° 619 del 3 de diciembre de 2012, suscrita por la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional.
 - Acta n° 304 del 27 de mayo de 2013, proferida por la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional.
 - Acta n° 5597 del 9 de diciembre de 2013, expedida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.
 - Acta Adicional n° TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015, suscrita por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.
 - Resolución n° 06024 del 31 de diciembre de 2015, expedida por el director general de la Policía Nacional.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reintegrar al accionante a la entidad al cargo de patrullero o a otro de superior categoría, con los ascensos de ley.
 3. Que se condene a la parte accionada a pagar al demandante de manera indexada, todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el 7 de enero de 2016, esto es, a partir de la desvinculación de aquel, hasta cuando se produzca la reincorporación, teniendo en cuenta los incrementos de ley y la asignación salarial del respectivo grado.
 4. Que se ordene a la parte accionada pagar los intereses a que haya lugar.
 5. Que se condene en costas y agencias en derecho.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁴:

1. El señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo ingresó a la Policía Nacional el 1º de febrero de 2005 como auxiliar de policía.
2. El 4 de mayo de 2006, el accionante realizó el curso de alumno del nivel ejecutivo y, una vez culminado éste, ostentó la condición de patrullero desde el 10 de noviembre de 2006 hasta el 7 de enero de 2016, sumando un tiempo de servicio de 10 años, 8 meses y 5 días.

⁴ Páginas 3 a 7 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

3. Durante la totalidad del tiempo de servicio, el accionante cumplió a satisfacción sus funciones, tal como se advierte de las 22 felicitaciones recibidas y ningún llamado de atención, de las calificaciones en grado superior obtenidas, siendo la última de 1.200 puntos, y de las condecoraciones y/o menciones entregadas.
4. El demandante desarrolló a cabalidad sus labores y en forma eficiente, acumuló experiencia y realizó múltiples cursos de formación no sólo en áreas relacionadas con su función policial, sino también en materias afines, lo que permitió la prestación de un servicio óptimo.
5. El 4 de julio de 2007, en desarrollo de un procedimiento policial, el accionante fue herido por un ciudadano que lo golpeó en la cabeza, razón por la cual comenzó a tener afecciones de orden psicológico.
6. Mediante Acta nº 619 del 3 de diciembre de 2012, la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional determinó una disminución de la capacidad laboral del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo en un 18.10%, como consecuencia de un trastorno de personalidad limítrofe, declarándolo no apto para el servicio policial sin posibilidad de reubicación laboral.
7. Posteriormente, con Acta nº 304 del 27 de mayo de 2013, la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional precisó que el actor tenía una disminución de la capacidad laboral del 25.88%.
8. A través de Acta nº 5597 del 9 de diciembre de 2013, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía modificó el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo, el cual pasó a ser de 19.45%, reiterando el concepto de no reubicación.
9. Por Acta Adicional nº TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía consideró que se había incurrido en un error, toda vez que el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral se había establecido sin tener en cuenta el porcentaje asignado en el Acta nº 304 del 27 de mayo de 2013. En ese sentido, modificó la calificación dada, la cual pasó a 27.11%.
10. Con Resolución nº 06024 del 31 de diciembre de 2015, el director general de la Policía Nacional dispuso el retiro definitivo del señor

Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo del servicio activo de la institución, por disminución de la capacidad psicofísica.

11. Durante la totalidad de su carrera policial, el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo no fue sancionado disciplinaria ni penalmente.
12. Desde el momento de la desvinculación efectiva, el demandante no ha podido conseguir empleo alguno.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículos 4, 29, 47 y 53; Ley 361 de 1997: artículos 3, 4, 18 y 22 a 34; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 762 de 2002: artículos 2, 3, 4 y 7; Decreto 1791 de 2000: artículos 55 y 59; y Decreto 1796 de 2000: artículo 7.

Manifestó que la entidad accionada incurrió en una irregularidad al disponer el retiro del servicio del actor bajo la causal de la disminución de la capacidad psicofísica, ya que las actas expedidas tanto por la Junta como por el Tribunal Médico Laboral habían perdido vigencia.

En efecto, expuso que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, los conceptos de capacidad psicofísica tienen una vigencia de tres meses, transcurridos los cuales cobra nuevamente validez el concepto de aptitud.

Para el caso concreto, señaló que la última evaluación de la capacidad laboral se efectuó el 9 de diciembre de 2013, mientras que el acto de retiro se expidió luego de transcurrir más de dos años (31 de diciembre de 2015), cuando ya había recobrado vigencia el concepto de aptitud.

Expuso que las actas médico laborales habían perdido fuerza ejecutoria, conforme al artículo 91 del CPACA.

Aclaró que el acto de retiro no podía basarse en el Acta Adicional nº TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015, ya que ésta sólo incrementó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, pero no lo valoró nuevamente.

⁵ Páginas 4 a 17 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Afirmó que el retiro es una medida de carácter excepcional, por lo que debió haberse ordenado la reubicación del actor en actividades administrativas de enseñanza o instrucción. Lo anterior, teniendo en cuenta además la especial protección que les asiste a las personas en situación de discapacidad.

Sostuvo que las actas demandadas incurren en contradicción al indicar que no era viable reubicar al actor en un cargo con funciones administrativas o de enseñanza, y al mismo tiempo establecer una pérdida de capacidad laboral en porcentajes que no encajan en el concepto de invalidez y que, por lo contrario, son indicativos de que el demandante sí tiene habilidades psicofísicas para desempeñarse en labores administrativas.

Aseguró que las autoridades médico laborales incurrieron en falsa motivación, pues indicaron que el accionante carecía de capacitaciones y estudios aprovechables dentro de la institución, pese a que en su hoja de vida constan los diferentes seminarios realizados y que guardan relación con la Policía Nacional.

Indicó que el hecho de haberse desempeñado entre el 1º de marzo de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, como radio operador y operador de recepción en el centro automático de despacho del Departamento de Policía de Caldas, demuestra que el actor cuenta con capacidades psicofísicas para realizar labores administrativas dentro de la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término legal correspondiente, el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional respondió la demanda promovida⁶, en los siguientes términos.

Afirmó que el cumplimiento a cabalidad de las funciones constituye una obligación para los funcionarios de policía, quienes deben actuar siempre bajo parámetros de excelencia y eficiencia que no son opcionales, sino que hacen parte de los compromisos adquiridos al jurar proteger la vida, bienes y honra de los ciudadanos.

Estimó que las capacitaciones realizadas por el demandante fueron tan sólo actividades realizadas durante su paso por la institución policial, que no son suficientes para que aquel realice actividades académicas o administrativas, pues no tiene conocimientos aprovechables por la Policía.

⁶ Páginas 149 a 179 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Expuso que los episodios depresivos que presenta el actor y que se han traducido en intentos de suicidio, pueden ser peligrosos para sus compañeros o alumnos; e incluso afectaron su desempeño policial, ya que acumuló tres años consecutivos de excusa del servicio.

Negó que la afección que padece el accionante tenga relación alguna o sea imputable al servicio prestado, pues, por lo contrario, inició desde la adolescencia y guarda relación con problemas de índole familiar y personal ajenos a las labores institucionales.

Explicó que conforme al artículo 22 del Decreto 1796 de 2000, las decisiones del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias, por lo que la Policía Nacional debe acatarlas.

Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en las excepciones que denominó: ***“INDEBIDA REPRESENTACION (sic) FRENTE A LA PRETENSION (sic) DE NULIDAD DEL ACTA DEL TRIBUNAL MEDICO (sic) LABORAL”***, en la medida en que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía depende orgánicamente del Ministerio de Defensa Nacional y no de la Policía Nacional, tal como lo establece el Decreto 1512 de 2002, por lo que debió haber sido convocada dicha cartera ministerial; ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA”***, por cuanto no existen cargos concretos de violación de los derechos supuestamente conculcados; ***“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”***, ya que la Policía Nacional ha actuado de forma diligente y oportuna, en aplicación de los principios constitucionales y legales de buena fe, lealtad, celeridad, economía procesal y transparencia; ***“(…) GENERICA (sic)”***, en relación con cualquier otro hecho que se demuestre en el proceso y que constituya una excepción a las pretensiones de la demanda; y ***“LIMITES (sic) INDEMNIZATORIOS”***, conforme a los parámetros expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014.

LA SENTENCIA APELADA

El 14 de mayo de 2020, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁷, con la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se indican a continuación.

Inicialmente, la Juez *a quo* precisó que las actas de la Junta y del Tribunal Médico Laboral sí constituyen actos administrativos definitivos.

⁷ Archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

A continuación, se refirió al régimen de carrera en la Policía Nacional, al retiro por disminución de la capacidad psicofísica, a normas supranacionales sobre el derecho a la readaptación laboral, a la legislación interna en relación con la discapacidad y la no discriminación, y a jurisprudencia relativa a la materia.

Explicó que el concepto de capacidad psicofísica se considera válido dentro de los tres meses siguientes, durante los cuales es aplicable para todos los efectos legales, y sobrepasado este término se recupera el concepto de aptitud. Acotó que recibidos los conceptos médicos definitivos, la Junta Médico Laboral debe realizarse a más tardar dentro de los 90 días siguientes.

Luego de realizar un recuento cronológico de las actuaciones efectuadas por las autoridades médico laborales, señaló que la Policía Nacional sí cumplió de manera oportuna el término previsto en la ley para expedir el acto administrativo de retiro.

Precisó que el Acta Adicional expedida el 29 de octubre de 2015 por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, realmente no constituyó un nuevo concepto de capacidad laboral, ya que solamente sumó un porcentaje adicional de la valoración realizada el 21 de abril de 2013 por la Junta Médico Laboral.

Indicó que no es obligación del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía ordenar la práctica de nuevos exámenes físicos, ya que esto es un evento excepcional y, por lo tanto, por regla general, dicha autoridad debe adoptar su decisión con fundamento en los exámenes médicos que se hubiesen practicado antes de que se adoptara la calificación inicial por parte de la Junta Médico Laboral.

Explicó que la vigencia de los exámenes médicos de dos meses y que representan el término para convocar con base en ellos a la Junta Médico Laboral, es sólo predicable en esta etapa del proceso de calificación de pérdida de capacidad psicofísica. Preciso que para efectos del pronunciamiento del Tribunal de Revisión Médico Laboral, la regla sólo indica que su convocatoria por el interesado debe darse dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la decisión de la Junta Médica Laboral.

En punto a la reubicación laboral del accionante, el Juzgado de primera instancia sostuvo que en el acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía se plasmaron las razones por las que aquella no se recomendó, y que se resumen en la falta de adherencia al tratamiento

médico por parte del demandante y en el hecho que aún el desempeño de labores administrativas causaría un medio estresante para el actor que podría reactivar sus síntomas y desencadenar crisis que conllevarían a su deterioro físico y mental y al de quienes lo rodean.

Señaló que aunque del testimonio del médico psiquiatra recibido en el proceso se desprende que la reubicación laboral sería viable y recomendable, también es cierto que ello se encuentra ligado a la buena adherencia al tratamiento; aspecto que justamente no cumple el demandante.

Manifestó que de la documentación allegada al expediente se extrae que los conocimientos académicos del actor corresponden a capacitación brindada con ocasión de su desempeño laboral y no a formación técnica, tecnológica o profesional que pueda ser aprovechada por la institución en labores de docencia o de instrucción.

Anotó que la razón principal para no considerar la reubicación laboral se relaciona con la falta de adherencia al tratamiento médico, en razón a que el demandante no muestra un compromiso constante para atender las recomendaciones médicas, circunstancia que no desaparecería aunque efectivamente tuviera una formación académica que pudiera ser aprovechada por la Policía Nacional.

Finalmente, la Juez *a quo* se abstuvo de condenar en costas, al no encontrar que con la conducta procesal asumida se tipificaran las causales para así decretarlo, y teniendo en cuenta la naturaleza de las pretensiones de la demanda de índole laboral, la participación mesurada de los apoderados de las partes y la ausencia de acreditación de gastos procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia⁸, de la manera que se indica a continuación.

Afirmó que la decisión recurrida quebranta los principios y derechos constitucionales al trabajo, a la igualdad, a la legalidad, a la no discriminación de las personas con discapacidad, entre otros, pues se encuentra demostrado que no sólo el retiro del servicio se produjo con fundamento en conceptos médico laborales que ya no estaban vigentes, sino que además el actor cuenta con todas las aptitudes, capacidades y destrezas

⁸ Archivo n° 08 del cuaderno 1 del expediente digital.

para que fueran aprovechadas en otras áreas de la institución policial y, aún así, la entidad lo desvinculó de manera arbitraria.

Cuestionó que la providencia objeto de recurso desconozca que la pérdida de capacidad laboral no es en sí misma una causal suficiente para desvincular a un servidor público de la Policía Nacional.

Así mismo, reprochó que la Juez de primera instancia desconociera que los exámenes de capacidad psicofísica perdieron vigencia y, por mandato expreso del Decreto 1796 de 2000, no tienen soporte legal alguno.

Sostuvo que en este asunto no se debate que el acto administrativo de retiro se expidiera dentro del término legal establecido para esos efectos, sino que los dictámenes médicos tomados en cuenta para expedir la resolución ya habían perecido en el tiempo, y habían transcurrido casi dos años antes de la expedición de las actas de las autoridades médico laborales.

Indicó que aunque es necesario que la Policía Nacional cuente con personal idóneo para las labores propias de campo, como son los operativos y los patrullajes, no puede perderse de vista que los miembros con disminución psicofísica pueden ser aptos para efectos del desempeño de otras labores propias de esa institución y distintas de las meramente policiales.

Aseguró que el accionante no sólo cuenta con todas las condiciones, aptitudes, calificaciones y recomendaciones para continuar desempeñando funciones dentro de la institución en el área administrativa como lo venía haciendo, sino que además es un sujeto de especial protección constitucional, por cuanto la disminución de su capacidad psicofísica lo pone en situación de debilidad manifiesta, de tal suerte que la entidad demandada se encuentra en el deber constitucional de reintegrarlo al servicio activo, ya que su situación especial así lo amerita.

Recalcó que valerse de un concepto emitido por la Junta Médico Laboral de Policía con posterioridad a 90 días, para desvincular del servicio activo a un funcionario de la Policía Nacional, automáticamente vicia el acto administrativo de retiro, pues dicha valoración ya no corresponde a la realidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante⁹

⁹ Archivo n° 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

Reiteró, en esencia, los argumentos planteados en el recurso de apelación.

Parte demandada¹⁰

Intervino para insistir en que el retiro del servicio en este caso se encuentra ajustado a derecho, como quiera que fueron las mismas autoridades médicas especializadas quienes conceptuaron sobre la improcedencia de reubicación del actor, lo que impide que éste sea reintegrado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 19 de marzo de 2021¹¹, correspondiendo su conocimiento al Magistrado Ponente de esta providencia, a cuyo Despacho fue allegado el 14 de mayo del mismo año¹².

Admisión y alegatos. Por auto del 18 de mayo 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 instancia¹³. Dentro del término otorgado, ambas partes alegaron de conclusión¹⁴. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 25 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁵, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos

¹⁰ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivos nº 05 y 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 08 del cuaderno 2 del expediente digital.

términos en que aquel fue formulado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

- *¿Se encuentra ajustada a derecho la decisión de retirar del servicio activo de la Policía Nacional al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo por disminución de su capacidad psicofísica?*
- *En caso negativo, ¿el demandante tiene derecho al reintegro al cargo solicitado, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos acreditados; **ii)** marco normativo y jurisprudencial acerca del retiro del servicio activo por disminución en la capacidad psicofísica en la Policía Nacional; y **iii)** examen del caso concreto.

1. Hechos acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) De la hoja de vida del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo¹⁶ se extrae lo siguiente:
- El accionante ingresó a la Policía Nacional el 1º de febrero de 2005 como auxiliar de policía; luego fungió como alumno del nivel ejecutivo desde el 4 de mayo de 2006, y a partir del 10 de noviembre de 2006, se desempeñó como patrullero del nivel ejecutivo.
 - Desde el 1º de enero de 2013 figuró como excusado totalmente del servicio.
 - Con anterioridad a esa fecha, para el período comprendido entre el 1º de marzo de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, el actor ejerció funciones de radioperador y de operador de recepción.
 - Reporta dos menciones honoríficas y 13 felicitaciones.

¹⁶ Páginas 23 a 29 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

- No tiene anotaciones de suspensiones, pero sí de una sanción disciplinaria consistente en multa.
 - Como formación académica consta que además del técnico profesional en servicio de policía, el accionante se certificó como ciudadano digital y realizó seminarios en humanismo en el servicio policial, en política pública de seguridad y convivencia, en procedimientos de seguridad ciudadana urbana, en proyecto de vida sustentado en valores, y en salud ocupacional y seguridad industrial.
- b) Obra en el expediente lo devengado por el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo para el mes de octubre de 2015¹⁷.
- c) Consta en el expediente que el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo cuenta con la siguiente capacitación:
- Seminario de policía judicial, efectuado por la Escuela de Policía Judicial e Investigación de la Policía Nacional, cuya fecha de realización e intensidad horaria son ilegibles¹⁸.
 - Capacitación en prevención de la salud mental y prevención de farmacodependencia, realizada el 19 y 20 de junio de 2007 por el Comité de Prevención en Drogas de Antioquia, con una intensidad de 16 horas¹⁹.
 - Seminario de política pública de seguridad y convivencia, efectuado del 11 al 15 de junio de 2012 por la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, con una intensidad de 40 horas²⁰.
 - Seminario de procedimientos de seguridad ciudadana urbana, realizado del 25 al 29 de junio de 2012 por la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, con una intensidad de 40 horas²¹.
 - Seminario de salud ocupacional, efectuado del 23 al 25 de julio de 2012 por la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional, con una intensidad de 24 horas²².
- d) Según se informa en el Oficio nº S-2017 / SUBCO – GUTAH 29.25 del 14

¹⁷ Página 60 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Página 31 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Página 33 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Página 36 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹ Página 37 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Página 38 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

de junio de 2017²³, el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo presentó excusas totales para el servicio en los siguientes períodos: 4 de mayo a 28 de diciembre de 2011, 27 de diciembre de 2011 a 27 de febrero de 2012, 22 de mayo a 19 de julio de 2012, 15 de agosto a 7 de diciembre de 2012, 5 de diciembre de 2012 a 5 de marzo de 2013, 2 de abril a 5 de junio de 2013, 11 de julio a 22 de agosto de 2013, 6 de octubre a 4 de diciembre de 2013, 5 de diciembre de 2013 a 1º de mayo de 2014, 6 de mayo a 4 de junio de 2014, y 1º a 30 de septiembre de 2015, para un total de 465 días.

- e) El 16 de enero de 2012, el psiquiatra Mario Figueroa Barrera, adscrito a la Clínica La Toscana de la Policía Nacional, remitió al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo a interconsulta por junta médica psiquiátrica para establecer diagnóstico²⁴. En la orden de remisión se refirió que aquel presentaba cuadro clínico de ansiedad, conductas de autoagresión, gestos suicidas, intolerancia a la soledad, rasgos de dependencia y conductas impulsivas, razón por la cual se encontraba con incapacidad parcial o total. Se indicó que no presentaba compromiso sensorio-perceptivo ni alteraciones en el contenido del pensamiento. Se sostuvo que en varias ocasiones había sido remitido a hospitalización a la Clínica San Juan de Dios, pero firmaba alta voluntaria.
- f) El 5 de septiembre de 2012, los psiquiatras Luis Guillermo Valencia, Germán Andrés Valencia y Martín Fernando Aldana remitieron concepto al psiquiatra Mario Figueroa Barrera²⁵, en el que se indica que luego de las valoraciones realizadas en conjunto al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo, concluían que éste presentaba un trastorno de personalidad límite, dado por las siguientes características: “(...) *Patrón de relaciones interpersonales inestables, alteración de la identidad, impulsividad, inestabilidad afectiva debida a una notable reactividad del estado de ánimo, ira inapropiada e intensa y dificultades para controlarla (...)*”. Indicaron que los aparentes síntomas de orden psicótico eran de presentación común en pacientes con ese tipo de trastorno y estaban relacionados temporalmente con las crisis anímicas. Finalmente consideraron que “(...) *el caso del paciente es de difícil manejo y tiene un pronóstico incierto que dependerá de factores como la adherencia que pueda llevar a un largo tratamiento de tipo psicoterapéutico y de apoyo farmacológico indefinido*”.

²³ Páginas 146 y 147 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴ Páginas 36 y 37 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵ Página 38 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

- g) En Acta n° 619 del 3 de diciembre de 2012²⁶, luego de practicar el examen psicofísico general requerido y de contar con conceptos de especialistas en psiquiatría y salud ocupacional, la Junta Médico Laboral de Policía concluyó que el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo presentaba un trastorno de personalidad limítrofe y una cicatriz no quirúrgica en el dorso del puño izquierdo como secuela de una herida con arma cortante; afecciones que le significaban una disminución de la capacidad laboral del 18.10%, y una incapacidad permanente parcial que implicaba la calificación de no apto para el servicio y sin posibilidad de reubicación laboral. El trastorno de personalidad fue catalogado como enfermedad común por inexistencia de informe administrativo al respecto; mientras que la lesión fue imputada como enfermedad profesional y/o accidente de trabajo por causa y razón del servicio.

Los conceptos rendidos por especialistas en psiquiatría y salud ocupacional dieron cuenta de lo siguiente²⁷:

(...) PSIQUIATRIA (sic) PS 0064292 Dr (sic) Mario Figueroa Diciembre (sic) de 2011 Persona con cuadro de ansiedad flotante, sensación de vacío (sic) crónico (sic) y relaciones de dependencia, intolerancia a la soledad, repetidas conductas de autoagresión (sic), su cuadro corresponde a trastorno de personalidad emocionalmente inestables (sic). Tratamiento médico (sic) para manejar disfunción (sic) impulsividad e intentos suicidas, secuelas no hay en el momento ni se consideran dentro del trastorno. Pronóstico (sic): Los trastornos de personalidad persisten a lo largo de la vida y se atenuan (sic) con el tiempo. SALUD OCUPACIONAL PS 0159718 Dr (sic) Oliverio Aguirre Octubre (sic) de 2012 Dx Trastorno de personalidad límite (sic), pronóstico (sic) incierto. No presenta documentación (sic) sobre capacitaciones técnicas (sic) o profesionales, no labora actualmente dado que está (sic) en excusa total, durante la última (sic) labor asignada en sanidad refiere haber tenido pobre desempeño, no presenta condiciones de salud ni capacitaciones que puedan sustentar una posible reubicación, no puede conducir automotores, no puede trasnochar ni portar armas, no uniforme.

Al valorar al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo se anotó que éste presentaba excusa mayor a 90 días por trastorno de personalidad limítrofe evaluado en junta psiquiátrica, cuyas características son: *"(...) patrón (sic) de relaciones interpersonales inestables, alteraciones de la identidad, impulsividad, inestabilidad afectiva, ira inapropiada y dificultad para controlarla. Pronóstico (sic) incierto, manejo médico (sic) y*

²⁶ Páginas 30 y 32 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷ Página 30 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

psicoterapeutico (sic) (...)''²⁸.

- h) La decisión adoptada por la Junta Médico Laboral de Policía le fue notificada al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo el 5 de diciembre de 2012²⁹.
- i) El 4 de abril de 2013, el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo solicitó la convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía³⁰, con el fin de obtener que: **i)** se disponga la reubicación laboral; **ii)** en su defecto, se incremente el porcentaje de pérdida de capacidad laboral para acceder al reconocimiento de una pensión de invalidez; **iii)** se reclasifique la imputabilidad de la enfermedad, pasando de común a profesional; y **iv)** se reubique la patología dentro de la sección de psicosis no orgánicas. Lo anterior, atendiendo lo siguiente.

Cuestionó la calificación otorgada a la incapacidad médica del uniformado (permanente parcial), pues el diagnóstico definitivo de la patología presentada permite manejo farmacológico, lo que significa que la incapacidad es temporal.

Indicó que el porcentaje de disminución de la capacidad psicofísica no justifica su total inhabilidad laboral ni su separación absoluta de la Fuerza Pública.

Refirió que el trastorno de personalidad padecido es incapacitante pero no por ello se traduce en una discapacidad médica, ya que una vez tratados y superados los episodios producidos por la patología, la persona recupera totalmente su capacidad laboral.

Manifestó que de llegar a considerarse que la enfermedad presentada ocasionaba una invalidez, entonces debe recategorizarse la calificación para que le sea reconocida la pensión de invalidez.

Expuso que la enfermedad que padece no es común sino profesional, en tanto se desarrolló, evolucionó y se diagnosticó durante su tiempo de servicio en la Policía Nacional.

Refirió que el trastorno límite de la personalidad padecido no puede clasificarse como una simple reacción aguda al estrés, sino como una

²⁸ Página 32 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Página 34 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Páginas 2 a 29 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

verdadera neurosis que se encuentra al límite de la psicosis, con tendencias paranoides transitorias y síntomas disociativos de la personalidad.

Adujo que con la reclasificación de la enfermedad el porcentaje de disminución de la capacidad laboral sería del 90% y no del 18.10%.

- j) Tal como consta en Acta n° 304 del 27 de mayo de 2013³¹, la Junta Médico Laboral de Policía se reunió en dicha fecha para analizar el caso del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo, en relación con las heridas por arma cortopunzante en abdomen sufridas por aquel el 28 de noviembre de 2011, y que le generaron como secuela dos cicatrices poco visibles.

Luego de efectuarle el examen psicofísico general requerido, la Junta Médico Laboral de Policía concluyó que las lesiones mencionadas le generaban al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo una disminución de la capacidad laboral del 7.78% que, sumada al 18.10% establecido en junta anterior, arrojaba como total un 25.88%.

Dichas lesiones fueron catalogadas por la Junta Médico Laboral de Policía como enfermedad común.

Finalmente, la Junta Médico Laboral de Policía precisó que de conformidad con junta previa, el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo había sido declarado como no apto para el servicio.

- k) El 21 de junio de 2013 le fue notificada al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo la decisión de la Junta Médico Laboral de Policía³².
- l) Mediante Oficio n° OFI13-2360 MDNSG-TML-ASJUR – 421 del 19 de septiembre de 2013³³, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía informó al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo que el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional había autorizado la convocatoria de dicho tribunal, razón por la cual le asignaban cita para que concurriera a la respectiva sesión.
- m) Según consta en Acta n° 5597 MDNSG-TML- 41.1 del 9 de diciembre de 2013³⁴, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía se

³¹ Páginas 96 y 97 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

³² Página 98 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

³³ Página 61 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁴ Páginas 67 a 75 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

reunió el 17 de octubre de 2013, con el fin de analizar la solicitud presentada por el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo.

Se precisó que para la diligencia, el uniformado había sido objeto de examen psicofísico general.

Se indicó que el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo se ratificaba en la solicitud de convocatoria hecha, agregando que: *“Refiere que posterior aun (sic) golpe en la cabeza al año y medio inicia con síntomas de distorsión visual, lo que le conlleva a accidente de tránsito cuando manejaba un “Panel” en dos oportunidades. Dice que tenía alucinaciones visuales y auditivas, se tornó hostil y agresivo, hasta el punto de autoagredirse con lo que sentía alivio. Comenta en (sic) que intentó agredir en una oportunidad a un compañero laboral al “querer lanzarle y golpearlo con una silla en la cabeza”, esto hace 2 años. Dice que ha estado hospitalizado varias veces en instituciones para manejo de patologías psiquiátricas, como el Hospital San Juan de Dios y la Clínica de la Policía en la ciudad de Manizales. Es enfático en decir que solicitaba el alta voluntaria. Se encuentra en tratamiento psiquiátrico, con controles mensuales. Toma como tratamiento Venlafaxina, Gabapentin, Acido (sic) Valproico, Risperidona. Ultima (sic) hospitalización hace un año. Su núcleo familiar está compuesto por su esposa y su hijo de 9 años, la relación marital no se encuentra en buenas condiciones y su hijo se encuentra en tratamiento psiquiátrico por “trastorno de adaptación”. No tiene un proyecto de vida instaurado”*³⁵.

Luego de examinar al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo y de revisar los antecedentes médico laborales, la documentación aportada por el calificado, los conceptos de los especialistas, así como la Junta Médico Laboral objeto de reclamación, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía despachó en sentido negativo la solicitud tendiente a la reubicación laboral, aduciendo que: *“(…) teniendo en cuenta que el calificado se encuentra hace 1 año en excusa total de servicio, con tratamiento con psicofármacos, sin resolución de síntomas, se encuentran causales de no aptitud en la normatividad, ratificando la no Aptitud asignada en la Junta Médico Laboral autorizada para revisión, (...)”*³⁶. Acotó que: *“Es claro en determinar el concepto de Psiquiatría PS 0064292 Dr. Mario Figueroa, que el calificado padece de un Trastorno de personalidad emocionalmente inestable, caracterizado por alteraciones de la autoimagen y de la manera en que se relacionan con el medio y las personas, tienen peligrosamente impulsividad incontrolable por ellos mismos, con expresiones como comportamientos de automutilación y comportamientos suicidas, tienen*

³⁵ Página 71 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Página 71 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

dificultad para manejar la ira y la frustración, y, en todo caso, debe tener adherencia al tratamiento, lo que en este caso, es determinante y según lo expresado por el calificado y las anotaciones médicas, el calificado ha solicitado suspender sus manejos intrahospitalarios, firmando el alta voluntaria. Por todo lo anteriormente expuesto, se decide no sugerir la reubicación laboral, toda vez que el medio policial, en el que el calificado desarrollaría sus actividades, medio con estresores intrínsecos laborales, así estuviera desempeñando labores administrativas, los cuales desencadenarían crisis que ocasionarían un deterioro físico y mental al calificado y al personal laboral que lo rodea, poniéndolos en riesgo e impidiendo el normal desarrollo de las actividades profesionales, como ocurrió en una oportunidad según lo expresado por el calificado según la anamnesis realizada, en el cual intentó agredir a un compañero de trabajo con una silla”³⁷.

En punto a la imputación de la patología al servicio, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía explicó que según anotaciones de la historia clínica del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo, éste había intentado suicidarse a los 17 años, lo que significa que antes de ingresar a la Policía Nacional, aquel ya había iniciado con problemas mentales, lo que confirmaba que la enfermedad fuera de origen común y no laboral.

El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía modificó entonces el acta de la Junta Médico Laboral en lo que respecta al porcentaje de disminución de la capacidad laboral, que pasó a ser del 19.45%.

- n) El contenido de la decisión adoptada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía le fue notificado al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo el 4 de febrero de 2014³⁸.
- o) A través de Oficio n° S-2015-235813-DIPON / SEGEN – ARPRES – 29 del 11 de agosto de 2015³⁹, la jefe del Grupo Indemnización de la Secretaría General de la Policía Nacional solicitó al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía corregir el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo, al no haber tenido en cuenta el Acta n° 304 del 27 de mayo de 2013 de la Junta Médica Laboral, que asignó un 7.78%.
- p) De conformidad con lo anterior, el Tribunal Médico Laboral de

³⁷ Páginas 71 y 73 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁸ Páginas 77 y 79 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Páginas 86 y 87 del archivo n° 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

Revisión Militar y de Policía se reunió el 13 de octubre de 2015, de lo cual quedó constancia en el Acta Adicional nº TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015⁴⁰, en la que se indicó que dicha autoridad no tenía conocimiento del Acta nº 304 del 27 de mayo de 2013, de cuya existencia tampoco había informado el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo.

Acudiendo al artículo 33 del Decreto 094 de 1989, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía procedió a corregir el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo, teniendo en cuenta el asignado previamente en Acta nº 304 del 27 de mayo de 2013, para un total de 27.11%.

Precisó la autoridad médico laboral que la modificación anterior no cambiaba las consideraciones y decisiones del Tribunal en relación con los demás ítems.

- q) Dicha determinación fue notificada al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo el 30 de octubre de 2015⁴¹.
- r) Atendiendo lo expuesto en las Actas nº 5597 MDNSG-TML- 41.1 del 9 de diciembre de 2013 y Acta Adicional nº TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el Director General de la Policía Nacional expidió Resolución nº 06024 del 31 de diciembre de 2015⁴², con la cual retiró del servicio activo al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo por disminución de su capacidad psicofísica.
- s) El citado acto fue notificado al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo el 7 de enero de 2016⁴³.
- t) De conformidad con la historia clínica del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo⁴⁴, se advierte que el 2 de febrero de 2010, aquel consultó por presentar trastorno de ansiedad e insomnio, lo que generó que fuera remitido a psicología⁴⁵, y que en la valoración realizada por

⁴⁰ Páginas 99 y 101 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Páginas 105 y 106 del archivo nº 06 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 56 a 58 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴³ Página 59 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁴ Carpeta de historia clínica visible en el cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ Páginas 8 a 11 del primer archivo contenido en la carpeta de historia clínica visible en el cuaderno 1 del expediente digital.

esta especialidad se diagnosticara con episodio depresivo leve⁴⁶, lo que a su vez exigió interconsulta por psiquiatría, en la que se diagnosticó con episodio depresivo moderado⁴⁷. Desde dicha calenda figuran atenciones en psiquiatría por presentar intentos de autoagresión y conductas agresivas en el entorno familiar, social y laboral, entre otros, siendo diagnosticado con trastorno de ansiedad, evento depresivo moderado y grave, trastorno de la personalidad emocionalmente inestable y trastorno límite de personalidad. Se advierte que estuvo incapacitado casi que constantemente, que fue incluso hospitalizado, que firmó alta voluntaria y que no asistió a algunas consultas de psicoterapia.

- u) Del testimonio del médico psiquiatra Mario Figueroa Barrera⁴⁸, se acreditaron las siguientes circunstancias: **i)** una persona que tenga la misma patología que presenta el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo puede laborar en funciones administrativas, siempre y cuando esté en tratamiento sintomático, en control por psiquiatría y no esté psicótica; **ii)** el compromiso en estos casos es del paciente; **iii)** la estabilidad de una persona depende de su buen control sintomático, de su adherencia al tratamiento y de hábitos saludables; **iv)** es impredecible determinar si el accionante podía constituir un riesgo para sí mismo o para otras personas; **v)** generalmente los pacientes que atendió por psiquiatría eran reubicados en atención al cliente, en labores de ingresar y almacenar datos, de recibir citas, de ayudar en contabilidad, etc.; **vi)** para cuando atendió al demandante y emitió su concepto, aquel estaba en capacidad de desempeñar labores administrativas porque tenía preservada su prueba de realidad; **vii)** cualquier trabajo puede ser estresante dependiendo del grado de relaciones interpersonales que se creen, de la exigencia, del temperamento y carácter que tengan las personas; hay labores que requieren mayor o menor interacción, por lo que habría que evaluarse el perfil ocupacional del actor para determinar en qué área podría estar con menos factores de estrés; **viii)** salud ocupacional es la autoridad que debe evaluar el perfil del actor y el grado de complejidad que requiere una determinada área; **ix)** el desempeño laboral contribuye a la autoestima, a la conexión social, a la inserción de redes; el rol ocupacional es terapéutico, da representatividad social, genera muchos dividendos en la parte humana y son importantes; **x)** la ocupación

⁴⁶ Páginas 11 a 14 del primer archivo contenido en la carpeta de historia clínica visible en el cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁷ Páginas 14 a 17 del primer archivo contenido en la carpeta de historia clínica visible en el cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Minuto 5:05 a 36:29 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

disminuye la ansiedad, genera sentimientos de bienestar, roles de autogestión, de autorresponsabilidad; el no ocuparse va en detrimento del estado psíquico de una persona; **xi)** hay un tipo de medicación que consumía el actor que le impedía conducir vehículos; y **xii)** la medicación ejerce un control sintomático, pero la responsabilidad corre por cuenta del individuo, en el buen cumplimiento y buena adherencia a la medicación para controlar los síntomas.

2. Retiro del servicio activo de la Policía Nacional por disminución en la capacidad psicofísica

De conformidad con el artículo 218 de la Constitución Política, a los miembros de la Policía Nacional les asiste un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, con base en el cual se regula expresamente el ingreso, los ascensos, así como su retiro.

Con el Decreto 1791 de 2000, *“Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*, el Gobierno Nacional definió el retiro como aquella *“(...) situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. (...)”*; estableciendo como causales de retiro del personal de la institución, las que se indican a continuación, dentro de las cuales no se incluyen las adicionadas con ocasión del artículo 111 de la Ley 2179 de 2021, por no estar vigentes al momento de expedición del acto acusado:

ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. *El retiro se produce por las siguientes causales:*

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por llamamiento a calificar servicios.*
- 3. Por disminución de la capacidad psicofísica.*
- 4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
- 5. Por destitución.*
- 6. Por voluntad ~~del Gobierno para oficiales y~~ del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, ~~los suboficiales~~ y los agentes⁴⁹.*
- 7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.*
- 8. Por incapacidad académica.*
- 9. Por desaparecimiento.*
- 10. Por muerte.*

El numeral 3 de la norma comentada, que prevé el retiro del servicio por

⁴⁹ A través de sentencia C-253 de 2003 se declararon inexecutable los apartes tachados.

disminución de la capacidad psicofísica, fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2005⁵⁰, “(...) *en el entendido que el retiro del servicio por disminución de la capacidad sicofísica sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción*”.

El artículo 58 del Decreto 1791 de 2000 que contemplaba expresamente el retiro por disminución de la capacidad psicofísica cuando el personal de la Policía no reuniera las condiciones psicofísicas determinadas sobre la materia, fue declarado inexecutable por el Máximo Tribunal Constitucional en la misma sentencia C-381 de 2005⁵¹.

Por su parte, el artículo 59 del estatuto mencionado, hechas las supresiones de apartes declarados inexecutable por la Corte Constitucional en las sentencias C-381 de 2005⁵² y C-253 de 2003⁵³, es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 59. RETIRO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA. *Se podrá mantener en servicio activo a aquellos policiales que habiendo sufrido disminución de la capacidad sicofísica y obtenido concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, y sus capacidades puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.*

El Decreto Ley 1796 de 2000, “*Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993*”, definió la capacidad psicofísica de la siguiente manera:

ARTICULO 2o. DEFINICION. *Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.*

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será

⁵⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-381 de 2005.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ver nota al pie nº 56.

⁵³ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-253 de 2003.

valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

El artículo 3 de la norma en cita, referente a los conceptos para calificar la capacidad psicofísica del personal referido, señaló:

ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA.

La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad sicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

PARAGRAFO. *Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.*

De conformidad con el artículo 4 del Decreto 1796 de 2000, los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad psicofísica se realizan, entre otros eventos, para definir la situación médico laboral del uniformado.

Atendiendo lo previsto por el inciso primero del artículo 7 de la citada norma, los exámenes de capacidad psicofísica tienen una validez de dos meses, contados a partir de la fecha de su práctica.

Dispone el mismo artículo 7 en su inciso segundo que el concepto de capacidad psicofísica, esto es, el de apto, aplazado y no apto, se considera válido para el personal por un término de tres meses, durante los cuales aquel será aplicable para todos los efectos legales. En el evento de sobrepasarse dicho lapso, la norma contempla que el concepto de aptitud continúa vigente hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

3. Examen del caso concreto

Antes de abordar el objeto de análisis en el presente asunto, este Tribunal considera necesario determinar si las actas proferidas por la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, con las cuales se calificó la pérdida de la capacidad laboral del actor y se negó la reubicación laboral del mismo, constituyen actos administrativos demandables ante esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad con lo previsto por los artículos 43 y 75 del CPACA, la calificación de un acto administrativo como definitivo o de trámite es fundamental para determinar si es susceptible de recursos en sede administrativa o pasible de control jurisdiccional.

Los actos administrativos definitivos son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los actos de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé el inciso final del artículo 43 del CPACA, la decisión que se adopte haga imposible que continúe la actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo.

El Decreto 1796 de 2000, *“Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”*, estableció en su artículo 14 como organismos médico laborales militares y de policía, al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y a la Junta Médico Laboral Militar.

En su artículo 22, la citada norma dispuso que *“Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes”*. Quiere decir lo anterior, que con la decisión que sobre el particular tome el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, se considera agotada la vía gubernativa y se abre la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que dicho Tribunal es la última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas.

En relación con la procedencia de demandar este tipo de actos, en auto del

16 de agosto de 2007⁵⁴, la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó:

Los actos expedidos por la Junta Médica Laboral y recurridos ante el Tribunal Médico Laboral, en cuanto determinan una incapacidad inferior a la requerida para tener derecho a la pensión de invalidez, son actos definitivos en la medida en que impiden seguir adelante con la actuación.

Sobre el particular, el inciso final del artículo 50 del C.C.A dispone:

“...son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a la actuación cuando hagan imposible continuarla...” (se subraya)

En las anteriores condiciones, no es posible exigir al interesado que a pesar de no alcanzar el porcentaje mínimo de incapacidad para tener derecho a la pensión de invalidez, acuda ante la entidad en procura de tal derecho, siendo en cambio procedente, ante la irrevocabilidad de tales actos, acudir en su demanda para que se estudie si estuvo bien fijado el índice lesional, y si además la pérdida de la capacidad es imputable al servicio, lo que conllevaría, en caso de ser favorable al actor, al reconocimiento de la prestación.

En conclusión, si el acto del Tribunal Médico Laboral impide continuar con la actuación en la medida en que no permite al afectado solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, no se le puede dar el calificativo de simple acto de trámite y en tal caso, es susceptible de demanda ante ésta (sic) jurisdicción.

A igual conclusión ha llegado el Consejo de Estado en varios de sus pronunciamientos⁵⁵.

Para el caso concreto, el accionante pretende que se declare la nulidad, además de la Resolución n° 06024 del 31 de diciembre de 2015, con la cual fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional por disminución de la capacidad psicofísica, las siguientes actas médico laborales:

- Acta n° 619 del 3 de diciembre de 2012, suscrita por la Junta Médico Laboral de la Policía Nacional.
- Acta n° 304 del 27 de mayo de 2013, proferida por la Junta Médico

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Auto del 16 de agosto de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04450-01(1836-05).

⁵⁵ Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado: **i)** 11 de marzo de 2016 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 05001-23-31-000-2003-01739-01(1634-13)); **ii)** 30 de enero de 2014 (Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación número: 50001-23-31-000-2005-10203-01(1860-13)); y **iii)** 20 de marzo de 2014 (Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación número: 08001-23-31-000-2004-02106-01(0319-13)).

Laboral de la Policía Nacional.

- Acta n° 5597 del 9 de diciembre de 2013, expedida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.
- Acta Adicional n° TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015, suscrita por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Del texto de la Resolución n° 06024 del 31 de diciembre de 2015, se extrae que el fundamento para su expedición se encuentra contenido en las Actas n° 5597 del 9 de diciembre de 2013 y n° TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015, expedidas por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que modificaron el Acta de Junta Médico Laboral n° 619 del 3 de diciembre de 2012 e incorporaron lo resuelto en Acta n° 304 del 27 de mayo de 2013 de la misma Junta.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en punto a la procedencia de demandar actas médico laborales, considera esta Sala que sólo las Actas del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía n° 5597 del 9 de diciembre de 2013 y n° TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015, en este caso concreto, constituyen actos definitivos susceptibles de ser demandados en esta Jurisdicción, como quiera que determinaron el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del accionante, así como la imposibilidad de reubicación laboral, lo cual influyó en su retiro del servicio.

En ese sentido, los actos que definieron la situación jurídica del accionante y que, por lo tanto, serán objeto de análisis, son la Resolución n° 06024 del 31 de diciembre de 2015 y las Actas de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía n° 5597 del 9 de diciembre de 2013 y n° TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015.

Precisado lo anterior, y atendiendo la normativa y jurisprudencia aplicables, en concordancia con los hechos que se encuentran acreditados en el expediente, pasa la Sala a establecer si en este caso se demostró que los actos susceptibles de demanda se encuentran viciados de nulidad por las causales alegadas en la demanda.

El primer cargo expuesto por la parte actora consiste en que el retiro del servicio se produjo con fundamento en conceptos médico laborales que ya no estaban vigentes en atención a lo previsto por el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, en tanto transcurrieron casi dos años desde la expedición de las actas de las autoridades médico laborales.

Se recuerda que de conformidad con el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, el concepto de capacidad psicofísica tiene una validez y vigencia de tres meses, de modo que cualquier determinación que deba adoptarse con base en dichas evaluaciones (tal como el retiro, la reubicación laboral o el reconocimiento de pensión de invalidez, entre otras) debe efectuarse dentro del citado término, so pena de la pérdida de eficacia del concepto de ineptitud, pues la norma expresamente contempla que transcurridos los tres meses, cobra nuevamente validez el concepto de aptitud.

Aun cuando el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 no determina a partir de cuándo se empieza a contar el término de tres meses de vigencia, lo cierto es que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha establecido que el cómputo del término de validez del concepto de capacidad psicofísica inicia desde la fecha en que se practica, esto es, desde la emisión del dictamen correspondiente.

En relación con la validez y vigencia del concepto de ineptitud, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁶ ha precisado lo siguiente:

Al respecto esta Corporación se pronunció mediante sentencia de 5 de junio de 2008, M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, Expediente No. 5091-2005 actor: José Oscar Londoño Ospina, en la que se determinó:

(...)

Una intelección adecuada de la norma, permite inferir que el concepto emitido por la Junta Médico Laboral y/o por el Tribunal Médico Laboral, en relación con la calificación de la capacidad sicofísica de un miembro de la fuerza pública, tiene la aptitud para producir efectos legales hasta por un término máximo de noventa (90) días.

Ahora bien, superados esos 90 días, el dictamen médico pierde toda fuerza ejecutoria, pues en virtud del mencionado artículo 4º su validez se encuentra supeditada al vencimiento de ese término, es decir, que el concepto deja de ser obligatorio al día siguiente de cumplirse ese plazo, caso éste en el cual recobra plena vigencia el concepto de aptitud

⁵⁶ Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias: **i)** 15 de marzo de 2018 (Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, radicación número: 11001-03-15-000-2017-02087-01(AC)); **ii)** 17 de noviembre de 2017 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés (E), radicación número: 11001-03-15-000-2017-02087-00(AC)); **iii)** 17 de abril de 2013 (Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 05001-23-31-000-2003-00716-01(1330-12)); **iv)** 3 de noviembre de 2011 (Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación número: 50001-23-31-000-2004-10899-01(2103-10)); y **v)** 17 de marzo de 2011 (Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 20001-23-31-000-2005-00665-01(1376-08)).

sicofísica, a menos que se presente una circunstancia del servicio que imponga una nueva calificación.

En otras palabras, si la decisión del Director General de la Policía Nacional se fundamenta en la causal 3ª del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000, esto es, por disminución de la capacidad sicofísica, es necesario que el concepto médico se encuentre vigente al momento de la expedición del acto de retiro, es decir, que se adopte la medida dentro de los noventa (90) días siguientes al pronunciamiento del dictamen pues, de lo contrario, expirado ese término, la desvinculación se queda sin fundamento alguno y por lo tanto se configuraría una falsa motivación. (...)”

De acuerdo con la norma analizada, una vez transcurrieron los tres meses después de habersele practicado al actor la Junta Médico Laboral la discapacidad quedó sin fundamento alguno y por lo tanto se configura una falsa motivación.

Igualmente esta Subsección mediante sentencia de 28 de junio de 2007, Expediente No. 0470-2005, actor: Edilberto Morón Arrieta contra la Policía Nacional. M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, señaló que:

“El acto de retiro por la causal de disminución de la capacidad psicofísica, debe, en primer lugar, fundarse en el concepto médico de la Junta Médico Laboral que determine la respectiva disminución física y la calificación de ineptitud para la prestación del servicio público y, en segundo término, que el concepto médico que se utilice como fundamento debe estar vigente al momento de la expedición del acto de retiro, esto es, dentro de los noventa días siguientes a la expedición de la calificación médica. De tal manera que, si el acto de retiro se expide con base en un concepto médico vencido, su motivación no corresponde a la realidad, pues expirado el término de vigencia de dicho concepto, la Ley consagra como efecto inmediato el recobro de vigencia del concepto de aptitud, circunstancia que desvirtúa la causal de retiro (...). ”

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-068 de 2006, indicó:

- Ahora bien, en cuanto a la vigencia del concepto de capacidad psicofísica, es claro que de acuerdo con la regulación legal vigente -Artículo 7 del Decreto 1796 de 2000-, el mismo sólo tiene validez por un término de tres (3) meses, contados a partir de su emisión y durante los cuales será oponible para todos los efectos legales; lo cual se traduce en que dicho concepto sólo puede servir de fundamento para la reubicación o retiro durante dicho término, vencido el cual cobra nuevamente vigencia el concepto de aptitud “hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.”

Este es el sentido de la norma, que se explica en el hecho de que la situación física y psicológica del personal puede variar como consecuencia de los denominados eventos del servicio, lo cual hace necesario que las decisiones administrativas que se adopten después de la evaluación del personal en servicio guarden una relación de inmediatez con la causa que las origina. En efecto, nada explicaría que con fundamento en un concepto de capacidad psicofísica expedido años atrás, pudiera verse justificado un retiro aludiendo a la disminución allí decretada, pues la evolución de las afecciones tiende a variar en el tiempo, bien sea desapareciendo, recrudeciendo o inclusive mejorando. De manera que el respaldo de las decisiones administrativas que se adopta debe reflejar el estado de salud actual del afectado.

Analizado el expediente, se observa que, tal como se reseñó en el acápite de hechos acreditados, con el Acta n° 5597 MDNSG-TML- 41.1 del 9 de diciembre de 2013, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía modificó el Acta n° 619 del 3 de diciembre de 2012 de la Junta Médico Laboral en lo que respecta al porcentaje de disminución de la capacidad laboral, que pasó a ser del 19.45%, al tiempo que confirmó la declaración de no apto para desempeñar el servicio sin posibilidad de reubicación laboral y la improcedencia de que la patología fuera imputada al servicio.

Sólo hasta el 31 de diciembre de 2015, esto es, cuando habían transcurrido poco más de dos años de la valoración hecha por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el Director General de la Policía Nacional expidió la resolución de retiro por disminución de su capacidad psicofísica; decisión que se notificó el 7 de enero de 2016.

Teniendo en cuenta lo previsto por el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, la entidad demandada no podía fundamentar el retiro del actor con base en un dictamen que no tenía validez, debido a que perdió eficacia por el transcurrir del tiempo.

Aun cuando se advierte que con anterioridad al retiro del servicio, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía expidió Acta Adicional n° TML15-2-743 MDNSG-TML-41.1 del 29 de octubre de 2015, lo cierto es que a través de ésta simplemente se corrigió el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo, para incluir el asignado previamente en Acta n° 304 del 27 de mayo de 2013, sin que ello implicara una nueva valoración.

Nótese además que tanto la solicitud de corrección como el acta citada anteriormente fueron expedidas también por fuera del término de que trata el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, como quiera que había transcurrido más de un año desde la calificación otorgada por el

Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, lo que no puede convalidar la actuación de la entidad de no proferir la respectiva resolución de retiro dentro del lapso correspondiente.

Así las cosas, este Tribunal considera que con la Resolución n° 06024 del 31 de diciembre de 2015 se vulneró el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, toda vez que el retiro del actor sólo se podía dar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se le practicó la última valoración médico laboral por parte del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que fue el 9 de diciembre de 2013. Se insiste en que, como de los conceptos de capacidad psicofísica depende el otorgamiento de derechos esenciales, ellos deben reflejar la realidad médica del evaluado.

A lo expuesto se suma el hecho consistente en que el acto de retiro se expidió con fundamento en un concepto vencido, lo que significa que incurrió en falsa motivación, en la medida en que al vencerse el término de vigencia de dicho concepto, la ley consagra como efecto inmediato el recobro de vigencia del concepto de aptitud del actor para la prestación del servicio policial, hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, esta Sala de Decisión estima que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto de retiro objeto de estudio, razón por la cual el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda amerita ser revocado.

Al encontrarse acreditada una causal de nulidad del acto de retiro, este Tribunal se abstendrá de analizar el cargo restante propuesto en la demanda, referente a la posibilidad de reubicación laboral.

Por lo anterior, se declarará la nulidad de la Resolución n° 06024 del 31 de diciembre de 2015 y, en consecuencia, se ordenará el reintegro del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo al cargo desempeñado al momento del retiro.

Conviene anotar que, como lo estimó el Consejo de Estado en una de sus providencias⁵⁷, el hecho que en el presente caso se considere procedente el

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 3 de noviembre de 2011. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-10899-01(2103-10).

reintegro del señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo al servicio activo de la Policía Nacional, ello no es óbice para que la entidad accionada pueda valorar nuevamente su capacidad psicofísica conforme al procedimiento previsto en el Decreto 1796 de 2000.

Adicionalmente se condenará a la entidad accionada a pagar los salarios, prestaciones y demás emolumentos que el actor hubiese dejado de percibir desde la fecha de retiro (7 de enero de 2016) y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar, así como los descuentos correspondientes a lo recibido por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, durante el tiempo que permaneció separado del servicio.

Debe precisarse que el pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos no se realizará teniendo en cuenta los límites temporales señalados en la sentencia SU-556 de 2014, esto es, no menor a 6 meses ni superior a 24 meses. Lo anterior, como quiera que la limitación temporal introducida por la Corte Constitucional en dicho fallo y aplicada de manera extensiva a los miembros de la Fuerza Pública en providencia SU-053 de 2015, fue fijada en relación con la indemnización para empleados en provisionalidad que fueron retirados del servicio sin mediar motivación, que no es el caso que ocupa la atención de esta Sala.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el accionante, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

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

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos

previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

Atendiendo lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso (CGP)⁵⁸, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a condenar en costas de ambas instancias a la parte demandada.

Lo anterior, toda vez que se revocará totalmente la sentencia de primera instancia y, habida cuenta que, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado, el Tribunal observa que se encuentran acreditados en el expediente no sólo los gastos o expensas en los que incurrió la parte demandante con ocasión de este proceso ⁵⁹, en razón de los traslados enviados a la parte accionada y al Ministerio Público, sino que además la parte actora se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial a través de abogado que intervino activamente en este asunto.

En ese orden de ideas, en el *sub examine* habrá de imponerse condena en costas a cargo de la parte accionada, tanto por gastos del proceso como por agencias en derecho.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho en esta instancia y a cargo de la parte demandada, un salario mínimo legal mensual vigente.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

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

⁵⁸ En adelante, CGP.

⁵⁹ Páginas 93 a 101 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Primero. **REVÓCASE** la sentencia del catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

En su lugar,

Segundo. **DECLÁRASE la nulidad** de la Resolución nº 06024 del 31 de diciembre de 2015, con la cual el director general de la Policía Nacional retiró del servicio activo al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo por disminución de su capacidad psicofísica.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Policía Nacional reintegrar al señor Gustavo Andrés Cárdenas Agudelo al mismo cargo que desempeñaba para la fecha de retiro.

Cuarto. **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reconocer y pagar a la parte actora, los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el 7 de enero de 2016 (fecha de desvinculación) y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, previas las deducciones de ley a que haya lugar, así como los descuentos correspondientes a lo recibido por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, durante el tiempo que permaneció separado del servicio.

Quinto. Las sumas que deba cancelar la entidad accionada de acuerdo con lo antes expresado, serán debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer dichos ajustes.

Sexto. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

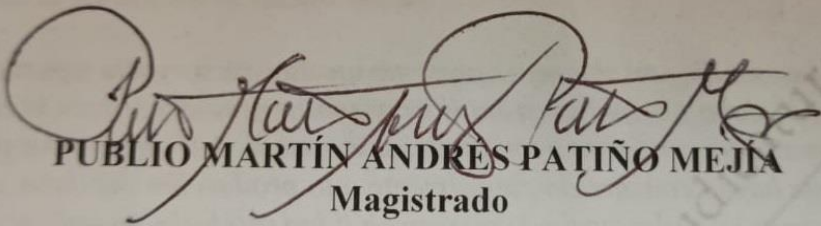
Séptimo. **CONDÉNASE** en costas de ambas instancias a la parte demandada, por concepto de gastos del proceso y agencias en derecho. La liquidación se hará por el Juzgado de primera instancia conforme lo determina el CGP. **FÍJASE** un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

Octavo. 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. 009
FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:009

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00093-02
Demandante:	María del Carmen Soto
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María del Carmen Soto contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 16 de marzo de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio NOM 651 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”*, e *“inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Indicó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Explicó que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“Buena Fe”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 29, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 31, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta oportunidad procesal se pronunció el Ministerio de Educación Nacional.

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 8 de noviembre de 2023, y allegado el 05 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:
i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes

nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto,

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.263.172,00; e intereses a las cesantías por valor de \$558.355, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM 651 del 12 de octubre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

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

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a

¹³ Página 22, archivo 05, C.1, exp. digital.

la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

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

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

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley

91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, atendiendo que la sentencia de primera instancia será confirmada, y que por la interposición del recurso de apelación la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la parte actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo número PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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 veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor María del Carmen Soto contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. CONDÉNASE EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un

(1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

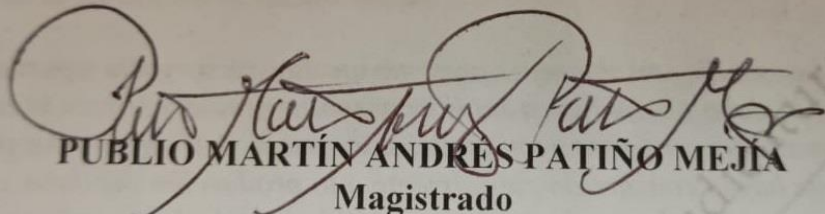
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

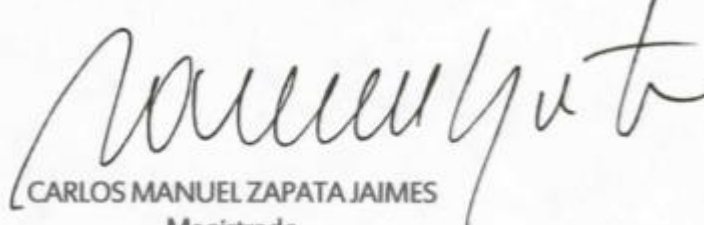
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:008

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00145-02
Demandante:	Juliana Torres Hincapié
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Juliana Torres Hincapié contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 18 de abril de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio NOM 776 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Afirmó que se opone todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dado que conforme el artículo 3º y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Expresó que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué 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.

Propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “BUENA FE” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 22, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los

particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 24, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de noviembre de 2023, y allegado el 05 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley

50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la*

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la

consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.442.304,00; e intereses a las cesantías por valor de \$717.233, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM 776 del 12 de octubre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 22, archivo 04, C.1, exp. digital.

de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

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

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las

cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Juliana Torres Hincapié contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

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

Primero. **CONFÍRMASE** la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Myriam Bermúdez Chica contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

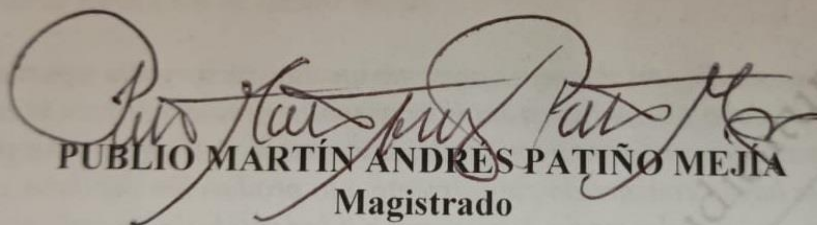
Tercero. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

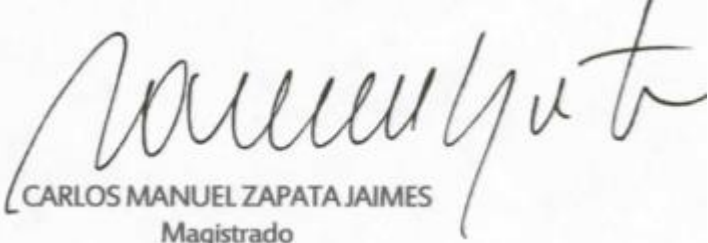
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:007

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00150-02
Demandante:	Karen Julieth Osorio Orozco
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Karen Julieth Osorio Orozco contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 19 de abril de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio NOM 601 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Afirmó que se opone todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dado que conforme el artículo 3º y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Expresó que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué 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.

Propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “BUENA FE” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 20, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los

particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 22, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta oportunidad procesal no se emitió pronunciamiento por los sujetos procesales.

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 16 de noviembre de 2023, y allegado el 07 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 07 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley

50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la*

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la

consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.444.400,00; e intereses a las cesantías por valor de \$783.657, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM 601 del 12 de octubre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 20, archivo 05, C.1, exp. digital.

de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

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

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las

cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio objetivo valorativo al cual acude el Consejo de Estado, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Karen Julieth Osorio Orozco contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

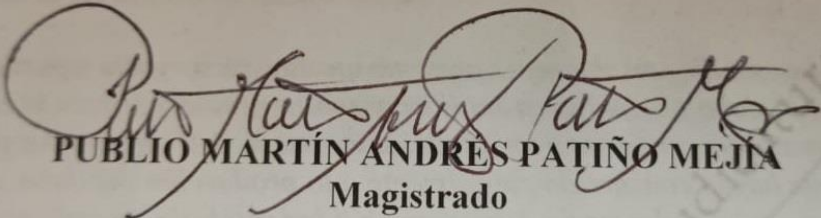
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

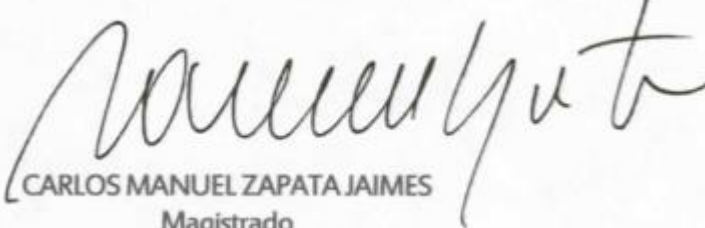
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 009 FECHA: 23/01/2024  Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:006

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00215-02
Demandante:	Luz Victoria Ospina Orozco
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Victoria Ospina Orozco contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 13 de junio de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Acto ficto configurado el 24 de noviembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 24 de agosto de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“inexistencia de la obligación”*.

Departamento de Caldas:

Afirmó que se opone todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dado que conforme el artículo 3º y el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es exclusiva del Fomag.

Expresó que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, establecido en la Ley 91 de 1989, en donde no está consagrada la indemnización moratoria, por lo que mal haría el despacho en reconocer una sanción inexistente en un régimen exceptuado, por tanto, resulta improcedente la aplicación del régimen de qué 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.

Propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “BUENA FE”* e *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 19, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los

particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 21, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta oportunidad procesal no se emitió pronunciamiento por los sujetos procesales.

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 17 de noviembre de 2023, y allegado el 07 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 07 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley

50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la*

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la

consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.438.497,00; e intereses a las cesantías por valor de \$376.472, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Acto ficto configurado el 24 de noviembre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 20, archivo 04, C.1, exp. digital.

de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

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

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las

cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio objetivo valorativo al cual acude el Consejo de Estado, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Victoria Ospina Orozco contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

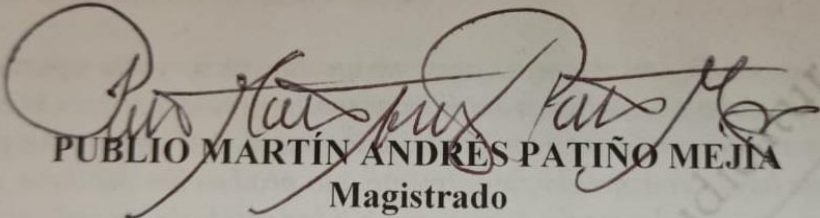
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

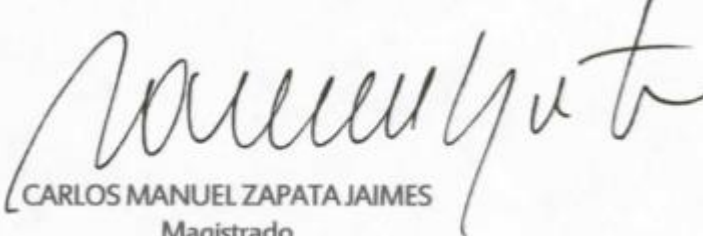
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 009 FECHA: 23/01/2024  Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:005

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2022-00325-02
Demandante:	Daniel de Jesús Vinasco Largo
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Daniel de Jesús Vinasco Largo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de septiembre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Acto ficto configurado el 28 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 28 de julio de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “CONSIGNACION DE INTERESES A LAS CESANTIAS PENDE DE REMISION DE LA LIQUIDACION DEL ENTE TERRITORIAL AL MEN- FOMAG”, “IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS E INTERESES A LAS CESANTIAS EN EL REGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG”, “PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD”, “INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG”, “PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE”, “EXCEPCIÓN GENÉRICA”*.

Departamento de Caldas:

No radicó respuesta a la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 18, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 20, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 8 de noviembre de 2023, y allegado el 05 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

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

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.*

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.349.092,00; e intereses a las cesantías por valor de \$848.411, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Acto ficto configurado el 28 de octubre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

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

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

¹³ Página 22, archivo 05, C.1, exp. digital.

cesantías, por ser incompatibles.

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

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

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio objetivo valorativo al cual acude el Consejo de Estado, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Daniel de Jesús Vinasco Largo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

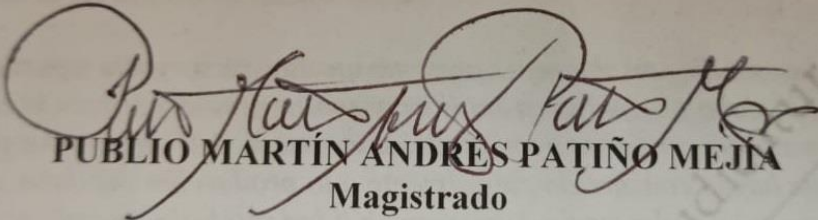
Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

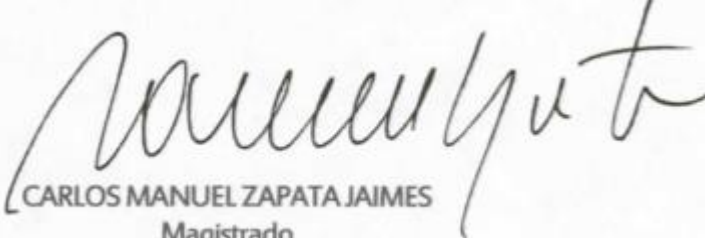
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 015

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Repetición
Radicación:	17001-33-39-008-2017-00398-02
Demandante:	Municipio de Manizales
Demandados:	Blanca Cecilia Largo Hernández
	Jhon Fredy Medina Castro
	Diana Catalina Sánchez Barrera
	María Eugenia Gómez Valencia
	Gloria Lucía Pava Miranda
	Andrea Jaramillo Martínez
	Natalia Londoño Hernández
	David Eduardo Gómez Springstube

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

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 demandante contra la sentencia del doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de repetición promovido por el Municipio de Manizales contra la señora Blanca Cecilia Largo Hernández y otros.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 1º de septiembre de

¹ En adelante, CPACA.

2017², se solicitó lo siguiente³:

1. Que se declare que los señores Blanca Cecilia Largo Hernández, Jhon Fredy Medina Castro, Diana Catalina Sánchez Barrera, María Eugenia Gómez Valencia, Gloria Lucía Pava Miranda, Andrea Jaramillo Martínez, Natalia Londoño Hernández, quienes se desempeñaban como interventores del contrato con la EPS Salud Cóndor, y el señor David Eduardo Gómez Springstube, quien fungía como secretario de despacho de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales, son solidariamente responsables del detrimento económico sufrido por la entidad territorial, con ocasión del pago que tuvo que realizar conforme se ordenó en sentencia proferida dentro del proceso 2011-00809.
2. Que como consecuencia de lo anterior se condene de manera solidaria a los accionados, a pagar a favor del Municipio de Manizales la suma de \$64'947.159, por concepto de la indemnización que tuvo que cancelar la entidad territorial con ocasión de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro del proceso 2011-00809.
3. Que se condene solidariamente a los demandados a pagar a favor del Municipio de Manizales, los intereses de mora desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso.
4. Que se condene de manera solidaria a la parte accionada al pago de las costas que resulten probadas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁴:

1. El 26 de junio de 2010 a las 11:42 a.m., la señora Yaneth Giraldo Bustamante fue llevada a la unidad de urgencias de la clínica San Cayetano de ASSBASALUD ESE, en donde fue calificada dentro del triaje III, por sufrir accidente casero que le produjo trauma en la pierna izquierda, que presentaba úlcera crónica.
2. La señora Yaneth Giraldo Bustamante fue remitida a la clínica La Camelia, en donde fue valorada por especialista en ortopedia, quien le diagnosticó fractura de la diáfisis de la tibia, y la remitió a cuarto nivel de

² Página 2 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 18, 19, 204 y 205 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Páginas 12 a 18 y 197 a 204 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

complejidad para manejo multidisciplinario de cirugía vascular, cirugía plástica, ortopedia y medicina interna.

3. La señora Yaneth Giraldo Bustamante fue reingresada a la clínica San Cayetano de ASSBASALUD ESE para hospitalización.
4. Con ocasión de acción de tutela, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales ordenó la remisión inmediata de la señora Yaneth Giraldo Bustamante al nivel de complejidad en el que se debía realizar el tratamiento para su patología, a cargo de la EPS Salud Cóndor.
5. El 1º de julio de 2010, la señora Yaneth Giraldo Bustamante fue trasladada al Hospital Santa Sofía.
6. El 3 de julio de 2010, el médico tratante encontró en la paciente una extremidad funcional y una osteomielitis severa, que llevó a considerar la posibilidad de una ablación. El galeno enfatizó que la herida presentaba una infección severa, lo que ocurrió debido a la tardanza en el tratamiento.
7. El 7 de julio de 2010, el médico practicó ablación urgente de la extremidad, en tanto la sepsis amenazaba la vida de la paciente.
8. A través de sentencia dictada el 26 de noviembre de 2013 por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales dentro del proceso de reparación directa 17001-33-31-004-2011-00809-02, se declaró administrativamente responsable a la EPS Salud Cóndor del daño ocasionado a la señora Yaneth Giraldo Bustamante por la falta de remisión oportuna a un tercer nivel de complejidad.
9. Como consecuencia de dicha declaración, el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales condenó a la EPS Salud Cóndor a pagar a favor de la señora Yaneth Giraldo Bustamante y de otros familiares de ésta, perjuicios morales y daño a la salud (únicamente para la afectada).
10. Mediante fallo del 6 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo de Caldas modificó la sentencia del 26 de noviembre de 2013, en el sentido de incluir al Municipio de Manizales dentro de las entidades administrativamente responsables del daño causado y, por ende, del pago de la condena impuesta.

11. La responsabilidad del Municipio de Manizales se analizó desde la perspectiva de la falla o falta de interventoría del contrato para la prestación del servicio de salud del régimen subsidiado con la EPS Salud Cóndor.
12. Según consta en los Oficios n° TGM 904-15 del 6 de noviembre de 2015, n° TGM 371 del 31 de mayo de 2017, y n° TGM 116 del 12 de julio de 2017, expedidos por la tesorera del Municipio de Manizales, esta entidad reportó pagos por valores de: \$43'493.625, \$57'305.668 y \$7'641.491.
13. De conformidad con el Oficio n° RSS-566 del 9 de agosto de 2017, suscrito por el secretario de despacho de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales, los servidores públicos que para el 26 de julio de 2010 desempeñaban funciones relacionadas con la interventoría del contrato con la EPS Salud Cóndor, son los señores Blanca Cecilia Largo Hernández, Jhon Fredy Medina Castro, Diana Catalina Sánchez Barrera, María Eugenia Gómez Valencia, Gloria Lucía Pava Miranda, Andrea Jaramillo Martínez y Natalia Londoño Hernández.
14. En sesión del 10 de agosto de 2017, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Manizales decidió promover el medio de control de la referencia, con fundamento en la existencia de culpa grave de los funcionarios encargados de la interventoría del contrato para la prestación de servicios de salud de la EPS Salud Cóndor.
15. En sesión del 4 de octubre de 2017, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Manizales recomendó adicionar como demandado al señor David Eduardo Gómez Springstube, por cuanto se desempeñó para la época de los hechos como secretario de despacho de la Secretaría de Salud de la entidad territorial.

Fundamentos de derecho

La parte demandante señaló como fundamentos de derecho, las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículo 90; Ley 678 de 2001; y Decreto 1716 de 2009, compilado en el Decreto 1069 de 2015, y modificado por el Decreto 1167 de 2016.

Consideró la parte actora que en el presente asunto se configuran los elementos de procedencia del medio de control de repetición, como quiera que: **i)** la entidad pública fue condenada a la reparación de un daño antijurídico; **ii)** la indemnización impuesta como condena fue efectivamente

⁵ Páginas 19 a 25 y 205 a 211 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

pagada; y **iii)** la condena se produjo a causa de la falta o falla en la interventoría del contrato del régimen subsidiado en salud con la EPS Salud Cóndor, lo que encaja en las hipótesis en las que se presume la existencia de culpa grave.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término legal correspondiente, la parte demandada contestó la demanda promovida⁶, en los siguientes términos.

Precisó inicialmente que la conclusión a la que arribó el Tribunal Administrativo de Caldas en la sentencia que condenó igualmente al Municipio de Manizales por los hechos ocurridos con la señora Yaneth Giraldo Bustamante, es consecuencia del precario material probatorio obrante en el proceso y que resultó insuficiente para no acreditar el nexo causal.

Sostuvo que el abogado que ejerció la representación legal del Municipio de Manizales nunca se reunió con los demandados para establecer la diligencia y cuidado de la entidad territorial para procurar que la EPS Salud Cóndor tuviera acreditada y conformada una red de prestadores.

Aseguró que los accionados acudieron insistentemente a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de la Protección Social, con el fin de que se tomaran acciones administrativas contundentes tendientes a garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud para las personas afiliadas al régimen subsidiado de salud en el Municipio de Manizales.

Indicó que la certificación expedida por la parte actora en relación con los funcionarios que ejercieron algún tipo de labor relacionada con la interventoría del contrato con la EPS Salud Cóndor, se hizo sin determinar roles y competencias, sin tener claro el contexto de las funciones y el alcance de las mismas, y sin individualizar las actuaciones que debía desplegar cada demandado dentro del contrato referido.

Manifestó que el Municipio de Manizales, a través de su Comité de Conciliación y Defensa Judicial, no analizó la conducta de los accionados y si éstos incumplieron gravemente sus funciones, dando como resultado la condena impuesta a la entidad territorial.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que no se encuentra

⁶ Páginas 2 a 35 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

estructurada una causal de responsabilidad disciplinaria a título de dolo o culpa grave en contra de los accionados, siendo improcedente pretender que el sólo dicho de un Juez Administrativo respecto de una omisión en la labor de interventoría de un contrato de aseguramiento para la administración del régimen subsidiado en salud, constituya, *per se*, una conducta que amerite la declaratoria de responsabilidad patrimonial.

Estimó que la interventoría es función de la entidad territorial y no de los funcionarios accionados, respecto de los cuales no están determinadas sus labores puntuales en relación con el contrato mencionado, y tampoco su actuación u omisión que hubiese contribuido de manera efectiva a la producción del daño imputado al Municipio de Manizales.

Explicó que la gestión de los demandados estuvo enmarcada en los postulados de la buena fe, sin que en la demanda se haga alusión a la inexistencia de aquella o se alleguen pruebas que permitan desvirtuarla.

Adujo que en este proceso no está demostrado que los agentes hubiesen incurrido en una actuación negligente o descuidada, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas, o si pudiendo prever la irregularidad en la cual incurrían y el daño que podrían ocasionar, no lo hicieron o confiaron en poder evitarlo.

Propuso como excepciones las que denominó: ***“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS DEMANDADOS EN LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA SANCION (sic) IMPUESTA AL MUNICIPIO DE MANIZALES”***, en tanto los accionados actuaron en su momento con total diligencia y cuidado en el cumplimiento de las funciones que tenían asignadas, en procura de garantizar una adecuada vigilancia y seguimiento a la ejecución de los contratos que garantizaban la prestación del servicio de salud para los pacientes del régimen subsidiado; ***“INEXISTENCIA DE LAS PRESUNCIONES DE DOLO O CULPA GRAVE EN LOS HECHOS OBJETO DE LA DEMANDA”***, ya que no existe prueba alguna que dé cuenta acerca de que los demandados actuaran contraviniendo los postulados de la buena fe y de la seguridad jurídica, o con el propósito malintencionado de causarle daño a un particular o a la administración; ***“IMPOSIBILIDAD DE ATRIBUIRSELE (sic) RESPONSABILIDAD A LA DOCTORA BLANCA CECILIA LARGO HERNANDEZ (sic)”***, en la medida en que para la fecha en que supuestamente se originó la conducta que concluyó con una sentencia adversa a los intereses del Municipio de Manizales, la señora Blanca Cecilia Largo Hernández se encontraba disfrutando de un período de vacaciones, por lo que no tuvo participación directa en los hechos que se le imputan; e

“IMPOSIBILIDAD DE ATRIBUIRSELE (sic) RESPONSABILIDAD A LA DOCTORA ANDREA JARAMILLO MARTINEZ (sic)”, ya que para la fecha de los hechos, la señora Andrea Jaramillo Martínez no se encontraba vinculada laboral ni contractualmente con el Municipio de Manizales.

LA SENTENCIA APELADA

El 12 de mayo de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁷, con la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo que se indica a continuación.

Inicialmente indicó que se encuentra acreditado el primer requisito para determinar responsabilidad personal de los demandados en los hechos que dieron lugar a la imposición de una condena contra el Municipio de Manizales, en la medida en que los accionados fueron designados para realizar la interventoría al contrato con la EPS Salud Cóndor.

A continuación, precisó que el segundo presupuesto se halla igualmente demostrado, ya que la entidad demostró que contra ella se impuso una condena judicial.

La Juez *a quo* señaló que efectivamente el Municipio de Manizales realizó el pago al que fue condenado, cumpliéndose entonces el tercer requisito.

Finalmente, en lo que respecta a la cualificación dolosa o gravemente culposa de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, la Juez de primera instancia consideró que no está demostrado que los demandados hubieran actuado con culpa grave, esto es, con falta de diligencia extrema, desidia, indolencia o negligencia que no se esperaría ni siquiera del manejo que las personas menos avezadas emplearan en el respeto y cuidado de lo suyo.

Precisó que para la época en la cual ocurrieron los hechos que dieron lugar a la condena contra el Municipio de Manizales (26 de junio de 2010 a 7 de julio de 2010), la señora Blanca Cecilia Largo Hernández se encontraba disfrutando de un período vacacional; al tiempo que la señora Andrea Jaramillo Martínez ingresó a la entidad territorial con posterioridad a dicha fecha. Por lo anterior, estimó que a ambas demandadas no se les puede atribuir responsabilidad en este asunto.

Explicó que lo reprochado en la sentencia condenatoria fue la falta de

⁷ Páginas 45 a 80 del archivo nº 08 del cuaderno 1 del expediente digital.

supervisión e interventoría en cuanto a la verificación de la conformación de la red prestadora de servicios de salud en todos los niveles de complejidad por parte de la EPS Salud Cóndor; función que no estaba asignada a los accionados.

En efecto, señaló que los demandados se dedicaban a lo siguiente:

FUNCIONARIO	LABOR
María Eugenia Gómez Valencia	Verificación del proceso de afiliación, carnetización y sistema de información y atención al usuario de la EPS.
Jhon Fredy Medina Castro	Administración de base de datos de afiliados y cargue de novedades al FOSYGA.
Diana Catalina Sánchez Barrera	Brindar apoyo a las acciones de inspección, vigilancia y control de la afiliación, carnetización y atención al usuario de los afiliados al régimen subsidiado.
Gloria Lucía Pava Miranda	Apoyar las acciones de inspección, vigilancia y control de la auditoría en salud de aseguramiento y de población pobre vulnerable del Municipio de Manizales.
Natalia Londoño Hernández	Brindar apoyo a las gestiones administrativas del aseguramiento en salud de la población pobre y vulnerable del Municipio de Manizales.
David Eduardo Gómez Springstube	Ejecutar labores de dirección, organización, planeación, vigilancia y control que permitan el desarrollo coordinado de programas integrales de salud dentro del marco de la ley de seguridad social en salud.

Por lo anterior, estimó que no resulta lógico que se les impute responsabilidad por la condena impuesta al municipio.

Acotó que incluso hay pruebas que demuestran que para la época de los hechos, y pese a que los demandados no contaban con la función de interventoría, aquellos realizaron intervenciones respecto del seguimiento frente a la EPS Salud Cóndor, que a la postre dieron lugar a que el Municipio de Manizales declarara a dicha EPS en incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, e impusiera multa por ello.

Sostuvo que las falencias incurridas en la fase contractual no pueden ser subsanadas o evitadas en su totalidad a través de la interventoría del contrato, máxime cuando son varias las autoridades que deben garantizar que las instituciones del sector salud cumplan las políticas, planes, programas, normas y demás actividades para la debida operación del sistema, y cuando además se presentan falencias en la parte operativa y carencia de financiamiento por parte del nivel central.

Al encontrar que no se acreditó el último de los requisitos, la Juez *a quo* negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia⁸, en los términos que pasan a exponerse.

Afirmó que la parte accionada no logró desvirtuar las presunciones de dolo y culpa grave previstas por el legislador en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 y que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-374 de 2002.

En efecto, sostuvo que la sentencia proferida por este Tribunal Administrativo es el sustento de la acción de repetición, pues en aquella providencia se consideró que hubo una falla en la interventoría del contrato del régimen subsidiado en salud, sin la cual no se hubiera presentado el hecho dañoso que terminó con la amputación de la pierna de la señora Yaneth Giraldo Bustamante.

Añadió que al declararse la responsabilidad del Municipio de Manizales en los mencionados hechos, los demandados, quienes actuaron como agentes de la entidad territorial, son responsables de la condena impuesta.

Cuestionó la condena en costas, en la medida en que estimó que con el medio de control promovido se ventila un interés público derivado de la protección del patrimonio del Municipio de Manizales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante⁹

⁸ Páginas 86 a 99 del archivo n° 08 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

El Municipio de Manizales reiteró uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, consistente en que los demandados no desvirtuaron las presunciones de dolo y culpa grave, pues hubo falla en la interventoría a los contratos del régimen subsidiado en salud, labor que se encontraba a cargo de aquellos, lo que se generó la condena a cargo de la entidad territorial.

Parte demandada

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad procesal.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de marzo de 2021¹⁰, y allegado el 14 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹¹.

Admisión y alegatos. Por auto del 18 de mayo 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 instancia¹². Sólo la parte accionante alegó de conclusión¹³. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 25 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁴, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

¹⁰ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de apelación propuesto, la Sala estima que el problema jurídico en el presente asunto se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

- *¿Se demostró que los demandados incurrieron en dolo o culpa grave, que hubiera dado lugar al pago de una indemnización a cargo del Municipio de Manizales?*
- *¿Procede la condena en costas impuesta en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Para despejar el cuestionamiento planteado, la Sala abordará los siguientes tópicos: **i)** legislación aplicable; **ii)** generalidades del medio de control de repetición; **iii)** hechos acreditados; **iv)** examen del concreto; y **v)** condena en costas en primera instancia.

1. Legislación aplicable

Dado que los hechos que dieron origen a la presente demanda tuvieron lugar en los meses de junio y julio de 2010, estima esta Corporación que la norma aplicable a los aspectos sustanciales y procesales del asunto que convoca la atención de esta Sala, es la Ley 678 de 2001, sin las modificaciones que la Ley 2195 de 2022 introdujo.

2. Generalidades del medio de control de repetición

La repetición surgió como un mecanismo otorgado al Estado con el propósito de obtener el reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor público o de un particular investido de funciones públicas. Así las cosas, la finalidad de dicho instrumento es la protección del patrimonio estatal necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.

El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política estableció la acción de repetición en los siguientes términos:

ARTÍCULO 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En desarrollo de lo previsto por la Constitución Política, la Ley 678 de 2001 reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de dos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. El artículo 2 de la citada ley previó:

ARTÍCULO 2o. ACCIÓN DE REPETICIÓN. *La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.*

(...)

La citada disposición determinó igualmente la finalidad de la acción, la obligatoriedad de las entidades del Estado a promoverla, sus aspectos procesales, el llamamiento en garantía y las medidas cautelares procedentes. Incluyó también las definiciones de dolo y culpa grave y sus presunciones.

Atendiendo la normativa que regula la materia, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición deben concurrir ciertos presupuestos y requisitos, a saber:

- i) Que una entidad pública haya sido condenada por la Jurisdicción Administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto.
- ii) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación.

- iii) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o de un particular que ejerza funciones públicas.

La actuación dolosa o gravemente culposa del servidor público se erige como una exigencia para la procedencia de la acción de repetición, como quiera que se trata de una acción personal, en la cual se valora y juzga el comportamiento del funcionario, servidor público o agente estatal, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por el Estado.

En consecuencia, verificada la existencia de la condena y del pago de la misma, es necesario determinar el grado volitivo y cognoscitivo de la actuación del servidor público, puesto que solamente en la medida que la conducta se haya desplegado en los grados de culpa grave o dolo, será procedente la acción de repetición instaurada.

3. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) El 26 de noviembre de 2013, el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales dictó sentencia en el marco del proceso de reparación directa promovido por la señora Yaneth Giraldo Bustamante y otros¹⁵, con la cual declaró administrativamente responsable a la EPS Salud Cóndor en liquidación, del daño ocasionado a los accionantes por la falta de remisión oportuna a un tercer nivel de complejidad. Como consecuencia de lo anterior, condenó a la citada EPS a pagar perjuicios morales, así como indemnización por daño a la salud.
- b) Mediante fallo del 6 de agosto de 2015¹⁶, el Tribunal Administrativo de Caldas modificó la sentencia del Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, en el sentido de declarar al Municipio de Manizales, administrativa y solidariamente responsable junto a la EPS Salud Cóndor en liquidación, por la pérdida de oportunidad de recuperación de la salud por parte de la señora Yaneth Giraldo Bustamante. En consecuencia, condenó tanto a la entidad territorial como a la citada EPS a pagar indemnización por la pérdida de la oportunidad, en las mismas sumas dispuestas en primera

¹⁵ Páginas 28 a 66 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶ Páginas 68 a 107 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

instancia, en aplicación del principio de *non reformatio in pejus*. En lo demás, confirmó la providencia.

Como fundamento de la condena impuesta al Municipio de Manizales, el Tribunal sostuvo:

De otro lado, en lo que tiene que ver con el Municipio de Manizales, obra en el cartulario el contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud n° 17001-1 del 01 de junio de 2010 suscrito entre el Municipio de Manizales, Caprecom y E.P.S. Salud Cóndor S.A. Administradora del Régimen Subsidiado, para la vigencia comprendida entre el 01 de junio de 2010 y el 31 de julio de 2010.

Este documento enuncia específicamente que son obligaciones del contratante (municipio) exigir al contratista la copia de los contratos de prestación de servicios de salud que garantiza la red de servicios de salud habilitada, y a su vez es obligación del contratista organizar la red prestadora de servicios para la atención de los afiliados, y a la par, el mismo acuerdo de voluntades estipula que el contratante, es decir, la entidad territorial, debía ejercer la interventoría conforme, entre otras normas, al Acuerdo 415 de 2009 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

(...)

En estos términos, se considera que era función del Municipio de Manizales la verificación de la conformación por parte de Salud Cóndor, de la red prestadora de servicios de salud en todos los niveles de complejidad, en cumplimiento de lo determinado tanto en la norma precitada como en cabal ejecución de la interventoría del contrato.

No obstante lo anterior, no solo se pudo apreciar a través del material probatorio arrojado al sub-lite que la EPS Salud Cóndor no había suscrito ningún convenio con una entidad de cuarto nivel con las especialidades de ortopedia, cirugía vascular, cirugía plástica y medicina, (sic) al punto que a la señora Yaneth se le debió atender en un centro asistencial de primer nivel durante cinco días, hasta que por medio de la medida previa judicial se logró su traslado a Santa Sofía; sino porque en la contestación de la demanda, la misma entidad territorial relacionó los contratos de la red prestadora conformada por Salud Cóndor, y dentro de los mencionados se encuentra el de la E.S.E. Hospital Departamental Santa Sofía para el suministro de servicios de la mediana y alta complejidad, niveles II, III y IV, por el lapso de tiempo comprendido entre el 27 de agosto de 2010 y el 31 de marzo de 2010 (f. 239, C.1).

Como se puede ver, la conformación de la red de prestación de servicios de salud en complejidad mediana y alta solamente fue completada a partir del 27 de

agosto de 2010, y aun (sic) encontrándose esta situación en conocimiento del Municipio de Manizales, la entidad territorial falló en llevar a cabo una tarea de supervisión e interventoría apropiada para exigirle a Salud Córdor la integración de toda la red de servicios.

Y es que si el Municipio de Manizales hubiera cumplido juiciosamente con su función de vigilancia del contrato, Salud Córdor, compelido por la entidad territorial, habría suscrito el contrato para la prestación del servicio en cuarto nivel, y la señora Yaneth Giraldo Bustamante hubiera podido ser atendida en una institución con los requerimientos médico – científicos que su condición de salud exigía, y que desde el primer momento fue recomendada por el ortopedista de la Clínica La Camelia.

De tal suerte que este Tribunal estima que el Municipio de Manizales al haber omitido su labor de interventoría del contrato de aseguramiento para la administración del régimen subsidiado suscrito con Salud Córdor, tuvo injerencia directa en la pérdida de la oportunidad de tratamiento de la señora Yaneth Giraldo Bustamante, y como tal debe ser declarado responsable solidariamente de la indemnización a que haya lugar.

- c) La referida sentencia quedó ejecutoriada el 19 de agosto de 2015¹⁷.
- d) Con Resolución nº 1424 del 18 de septiembre de 2015¹⁸, el alcalde del Municipio de Manizales ordenó dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, y modificada por el Tribunal Administrativo de Caldas. Para lo anterior, dispuso remitir la copia del fallo a las Secretarías de Salud y de Hacienda.
- e) Consta en el expediente que, en cumplimiento de la providencia referida, la entidad territorial realizó varios pagos mediante cheque¹⁹, en cuantía del 50% de la condena impuesta.
- f) De conformidad con lo expuesto en el Oficio nº RSS – 566 del 9 de agosto de 2017²⁰, suscrito por el secretario de despacho de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales, los funcionarios designados para realizar la interventoría del contrato suscrito en 2010 con la EPS Salud Córdor, fueron los siguientes: Blanca Cecilia Largo Hernández (profesional especializada), Jhon Fredy Medina Castro (auxiliar administrativo), Diana Catalina Sánchez Barrera (profesional contratista de apoyo al área de promoción y prevención), María

¹⁷ Página 108 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Páginas 213 a 215 del archivo nº 10 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Páginas 109 a 126 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Páginas 127 y 128 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Eugenia Gómez Valencia (profesional universitaria), Gloria Lucía Pava Miranda, Andrea Jaramillo Martínez (profesional contratista de apoyo al área de referencia y contrarreferencia) y Natalia Londoño Hernández (profesional contratista de apoyo al área de afiliación y carnetización).

Consta en el mismo oficio las funciones que las personas referidas realizaron con ocasión del contrato mencionado, así:

- Blanca Cecilia Largo Hernández: coordinar el programa y el equipo de interventoría.
- Jhon Fredy Medina Castro: encargado del proceso de administración de base de datos de afiliados y cargue de novedades al FOSYGA.
- Diana Catalina Sánchez Barrera: revisar el flujo de recursos de la EPS hacia la red de prestación de servicios de salud que dicha EPS tenía contratada.
- María Eugenia Gómez Valencia: verificar el proceso de afiliación y sistema de información y atención al usuario de la EPS.
- Gloria Lucía Pava Miranda: verificar el cumplimiento de las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad que, de acuerdo con la normativa vigente para la época, debía cumplir la EPS.
- Andrea Jaramillo Martínez: realizar seguimiento a la disponibilidad de la red de servicios de salud de la EPS, según la contratación de la misma y el cumplimiento de las obligaciones en relación con la accesibilidad de los afiliados a la red de prestación de servicios de salud.
- Natalia Londoño Hernández: apoyar el área de afiliación y carnetización.

- g) En sesión del 10 de agosto de 2017²¹, y apartándose el concepto de la secretaria jurídica, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Manizales recomendó promover el medio de control de la referencia, con fundamento en que según la sentencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Caldas, era posible deducir culpa grave de los funcionarios encargados de la interventoría del contrato para la prestación de servicios de salud de la EPS Salud Córdor.
- h) Según consta en sesión del 4 de octubre de 2017²², el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Manizales recomendó adicionar como demandado al señor David Eduardo Gómez Springstube,

²¹ Páginas 129 a 144 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Páginas 219 a 227 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

por cuanto éste se desempeñó como secretario de despacho de la Secretaría de Salud de la entidad territorial para la época de los hechos, y suscribió los contratos para la interventoría del contrato de prestación de servicios de salud de la EPS Salud Cóndor.

- i) De conformidad con los elementos probatorios obrantes en el expediente²³, los demandados tienen o tuvieron con el Municipio de Manizales la vinculación y las funciones que se indican a continuación:

SERVIDOR PÚBLICO	CARGO	EXTREMOS TEMPORALES		FUNCIONES
		Inicio	Fin	
Blanca Cecilia Largo Hernández	Profesional especializado área salud, código 242, nivel 2, grado 09, adscrito a la Secretaría de Salud Disfrutó de vacaciones desde el 21 de junio de 2010 hasta el 13 de julio de 2010	04/01/10		Planear el desarrollo y ejecución de los programas, proyectos y normatividades del régimen subsidiado, con el fin de coordinar y dar aplicación a las políticas de salud en dicha materia a nivel local, y mejorar la salud pública del municipio. Como parte de sus funciones específicas, se halla la siguiente: <i>“Coordinar las interventorías en los contratos o convenios, que le sean asignados, en el área de competencia de su cargo y mantener el registro detallado correspondiente durante su seguimiento, para controlar la ejecución de los proyectos contratados”</i> .
María Eugenia Gómez	Profesional universitario, código 219,	04/01/10		Participar en coordinación con el equipo de trabajo de

²³ Páginas 145 a 238 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital, páginas 53 a 195 del archivo nº 02 *ibidem*, páginas 25 a 260 del archivo nº 11 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 2 a 251 del archivo nº 12 *ibidem*.

Valencia	nivel 2, grado 01, adscrito a la Secretaría de Salud			régimen subsidiado en salud en la planeación y ejecución de todas las actividades tendientes a garantizar el desarrollo, vigilancia y control del régimen, incluyendo las actividades de promoción, afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como participar en el desarrollo de los diferentes componentes de participación social en salud y la atención a los usuarios. Dentro de las funciones esenciales del cargo, se advierte la de: <i>“Apoyar las interventorías a los procesos de afiliación y carnetización de los afiliados al Régimen Subsidiado en Salud”</i>.
Jhon Fredy Medina Castro	Auxiliar en salud, código 412, nivel 4, grado 04, adscrito a la Secretaría de Salud	09/08/07		Realizar labores operativas, de asesoría y de apoyo técnico en el manejo de las bases de datos y los sistemas de información que soportan los proyectos y programas que desarrolla la Secretaría de Salud, con el fin de facilitar y asegurar la operación correcta y normal de éstos.

Natalia Londoño Hernández	Contratista	26/11/09	26/08/10	Apoyar las gestiones administrativas del aseguramiento en salud de la población pobre y vulnerable del Municipio de Manizales. Dentro de las funciones específicas asignadas, se encuentra la de: <i>“Apoyar en coordinación con el grupo de interventoría interna designado, las actividades de inspección, vigilancia y control a los contratos de aseguramiento suscritos por el Municipio de Manizales con las EPSS contratistas en relación con los procesos de afiliación y carnetización”.</i>
		01/09/10	17/12/10	Apoyar las gestiones administrativas del aseguramiento en salud con el seguimiento y control de las glosas generadas por el FOSYGA de los afiliados al régimen subsidiado en el Municipio de Manizales, garantizando el debido proceso. Como parte de las obligaciones pactadas, se halla la de: <i>“Apoyo a la interventoría interna en las actividades de inspección, vigilancia y control al contrato único de aseguramiento</i>

				<i>suscrito por el Municipio de Manizales con las EPSS contratistas en relación a (sic) los procesos de afiliación y carnetización y SIAU".</i>
Gloria Lucía Pava Miranda	Contratista	29/11/09	26/08/10	Apoyar las acciones de inspección, vigilancia y control de la auditoría en salud de aseguramiento y de la población pobre y vulnerable del Municipio de Manizales.
		27/08/10	17/12/10	Apoyar la interventoría de los procesos que garanticen la accesibilidad a los servicios de salud de protección específica y detección temprana y de la baja complejidad. Como parte de las funciones específicas acordadas, se observa la siguiente: <i>"Verificar la red de servicios suscrita por las EPS-S para la prestación de servicios contenidos en el primer nivel de atención y que complementen las acciones de protección específica y detección temprana"</i> .
Diana Catalina Sánchez Barrera	Contratista	26/11/09	26/07/10	Apoyar las acciones de inspección, vigilancia y control de la afiliación, carnetización y atención al usuario de los afiliados al régimen subsidiado.
		10/08/10	10/09/10	Finalizar el proceso de liquidación de los

				contratos con las empresas promotoras de salud subsidiadas con fecha de finalización del año 2009 y del año 2010, y realizar la interventoría financiera de abril, mayo y junio de 2010 de las EPS-S que operaron el régimen subsidiado en el Municipio de Manizales.
Andrea Jaramillo Martínez	Contratista	25/08/10	17/12/10	Apoyar la realización de la interventoría a la accesibilidad, el sistema de referencia y contrarreferencia del plan obligatorio de salud subsidiado a través de los procesos y la red de servicios de salud reportada por las EPS-S. Se advierte que como parte de las obligaciones específicas, se pactaron las siguientes: ▪ Vigilar que la prestación de servicios del POS-S se ofrezca con oportunidad y suficiencia a la población afiliada al Régimen Subsidiado en el Municipio de Manizales. ▪ Vigilar que la red de servicios contratada por las

				EPS-S garantice la atención del plan obligatorio de salud del Régimen Subsidiado.
David Eduardo Gómez Springstube	Secretario de Despacho adscrito a la Secretaría de Salud	01/01/08	19/10/10	Ejecutar labores de dirección, organización, planeación, vigilancia y control que permitan el desarrollo coordinado de programas integrales de salud dentro del marco de la ley de seguridad social en salud.

- j) Según consta en Resolución nº 1772 del 23 de agosto de 2010²⁴, el Municipio de Manizales declaró que la EPS Salud Cóndor había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales en relación con el contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado en seguridad social en salud nº 17001-1. Como consecuencia de lo anterior, la entidad territorial impuso multa a la citada EPS.
- k) A través de Resolución nº 2501 del 9 de noviembre de 2010²⁵, el Municipio de Manizales resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la EPS Salud Cóndor contra la Resolución nº 1772 del 23 de agosto de 2010.
- l) En el expediente se observan los siguientes memoriales que dan cuenta de los requerimientos realizados por funcionarios del Municipio de Manizales, en relación con la red de servicios en segundo y tercer nivel de complejidad de la EPS Salud Cóndor, para la época de los hechos que dieron origen a la condena impuesta a la entidad territorial:
- Oficio nº RSS-334 del 8 de junio de 2010²⁶, con el cual el señor Carlos Alberto Piedrahíta Gutiérrez, en calidad de interventor de la red prestadora del régimen subsidiado del Municipio de

²⁴ Páginas 196 a 202 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵ Páginas 222 a 226 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 2 a 9 del archivo nº 03 *ibidem*.

²⁶ Página 212 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

Manizales, requirió a la EPS Salud Cóndor para que allegara los contratos de la red de segundo y tercer nivel de complejidad.

- Oficio n° RSS-397 del 21 de junio de 2010²⁷, en el que la señora Mónica Villada Grajales, en condición de interventora financiera del programa régimen subsidiado del Municipio de Manizales, le solicitó a la EPS Salud Cóndor remitir la red de servicios de salud.
- Oficio n° SSP-687 del 25 de junio de 2010²⁸, con el cual el señor José Edgar Valencia Sánchez, en calidad de secretario de salud (E), le solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud orientar a la entidad territorial sobre el proceso a seguir en relación con la EPS Salud Cóndor, toda vez que a la fecha, aquella no había logrado conformar y contratar la red de servicios para garantizar la atención en salud del POS-S.
- Oficio n° RSS-399 del 6 de julio de 2010²⁹, mediante el cual el señor Carlos Alberto Piedrahíta Gutiérrez, en calidad de interventor de la red prestadora del régimen subsidiado del Municipio de Manizales, requirió nuevamente a la EPS Salud Cóndor para que allegara los contratos de la red de segundo y tercer nivel de complejidad.
- Oficio n° RSS-604 del 6 de julio de 2010³⁰, con el cual el señor Carlos Alberto Piedrahíta Gutiérrez, en calidad de interventor de la red prestadora del régimen subsidiado del Municipio de Manizales, le informó al asesor jurídico de la Secretaría de Salud, el incumplimiento parcial de la EPS Salud Cóndor en relación con la disponibilidad efectiva de red de servicios.
- Oficio n° SSP-744 del 13 de julio de 2010³¹, en el que el señor David Eduardo Gómez Springstube, en calidad de secretario de salud, le solicitó a la EPS Salud Cóndor enviar copia de los contratos con la red de servicios de salud.
- Oficio n° RSS-612 del 15 de julio de 2010³², en el que el señor Carlos Alberto Piedrahíta Gutiérrez, en calidad de auditor médico, le remitió informe a la señora Blanca Cecilia Largo Hernández, en relación con los hallazgos encontrados en la EPS Salud Cóndor durante visita realizada el 14 de julio de 2010.

m) De conformidad con el Oficio n° C.D.I. 2289/2019 – D.L.R.A del 27 de mayo de 2019³³, suscrito por la Oficina de Control Disciplinario Interno

²⁷ Página 213 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Página 214 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Página 217 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Página 220 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³¹ Página 221 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³² Páginas 218 y 219 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³³ Páginas 2 y 3 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

del Municipio de Manizales, no existen actuaciones disciplinarias activas o archivadas contra los señores Blanca Cecilia Largo Hernández, Jhon Fredy Medina Castro, Diana Catalina Sánchez Barrera, María Eugenia Gómez Valencia, Gloria Lucía Pava Miranda, Andrea Jaramillo Martínez, Natalia Londoño Hernández y David Eduardo Gómez Springstube. Se precisó en dicha comunicación que como el equipo en el que se almacenaba la información referente a este tema sufrió un daño en diciembre de 2017, no había certeza de que se hubiera tramitado alguna investigación anterior a esa fecha contra los demandados.

- n) Según se informa en Oficio n° SSP 377 del 4 de junio de 2019³⁴, para el 26 de junio de 2010, la interventoría del contrato suscrito con la EPS Salud Cóndor se realizaba directamente por funcionarios y contratistas de la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales, ya que para dicha tarea no había ninguna entidad contratada. Se precisó que no existía ningún acto administrativo que delegara dicha responsabilidad de interventoría.
- o) Tal como se indica en Oficio n° SSP 377 del 4 de junio de 2019³⁵, para la vigencia 2010 no existe ningún acto y/o actuaciones administrativas relacionadas con indagaciones, investigaciones, llamados de atención o memorandos que dieran cuenta de falencias, errores, desaciertos o novedades en el cumplimiento de las funciones por parte de los señores Blanca Cecilia Largo Hernández, Jhon Fredy Medina Castro, Diana Catalina Sánchez Barrera, María Eugenia Gómez Valencia, Gloria Lucía Pava Miranda, Andrea Jaramillo Martínez, Natalia Londoño Hernández y David Eduardo Gómez Springstube.
- p) Atendiendo lo señalado en el Oficio n° SSP 377 del 4 de junio de 2019³⁶, para el 29 de junio de 2010, los señores Blanca Cecilia Largo Hernández, Jhon Fredy Medina Castro, Diana Catalina Sánchez Barrera, María Eugenia Gómez Valencia, Gloria Lucía Pava Miranda y Andrea Jaramillo Martínez, no tenían asignadas obligaciones de interventoría del contrato suscrito por el Municipio de Manizales con la EPS Salud Cóndor.

4. Examen del caso concreto

³⁴ Páginas 32 y 33 del archivo n° 11 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁵ Página 35 del archivo n° 11 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Página 133 del archivo n° 11 del cuaderno 1 del expediente digital.

Recapitulando, para la procedencia de la acción de repetición, se requiere el cumplimiento de tres requisitos, a saber: **i)** que una entidad pública haya sido condenada por la Jurisdicción Administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución pacífica de un conflicto; **ii)** que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación; y **iii)** que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o de un particular que ejerza funciones públicas.

Descendiendo al caso concreto y de conformidad con las pruebas aportadas al expediente, reseñadas en el acápite anterior, este Tribunal considera que se encuentran demostrados los primeros dos elementos para la prosperidad de la acción de repetición, toda vez que en el *sub examine* la entidad demandante **i)** fue condenada a pagar, de manera solidaria, indemnización a favor de la señora Yaneth Giraldo Bustamante y de otros, por la pérdida de la oportunidad de recuperación de la salud de aquella, al no poder acceder a una remisión temprana a un tercer nivel de complejidad; y **ii)** pagó a las víctimas del daño el 50% de la suma a la que fue condenada.

En relación con la calificación de la conducta del servidor público, la Ley 678 de 2001 definió en sus artículos 5 y 6 los conceptos de dolo y culpa grave, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 5o. DOLO. *La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a*

derecho en un proceso judicial.

ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. *La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de (sic) decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.*

La norma en cita consagró algunas presunciones legales a efectos de facilitar la prueba del dolo o la culpa grave del agente estatal, pero aquéllas no operan automáticamente, sino que requieren el estudio integral de la conducta del implicado. Significa lo anterior que debe establecerse el grado volitivo y cognoscitivo del comportamiento del servidor o ex servidor público, puesto que solamente en la medida que la conducta esté enmarcada en los grados de culpa grave o dolo, será procedente la acción de repetición. Así lo ha explicado el Consejo de Estado³⁷:

Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado³⁸ ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política³⁹ y en la ley, a propósito de algunas instituciones

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 27 de abril de 2011. Radicación: 52001-23-31-000-1998-00157-01(19192).

³⁸ Cita de la cita: Sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 1999, exp. 10865, reiterada en muchas otras decisiones.

³⁹ Cita de la cita: El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas

como por ejemplo contratos, bienes y familia.

*En consideración a lo anterior, la Sala⁴⁰ ha explicado que para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, **se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aún así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–.***

*Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, **no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.** (Resalta el Tribunal).*

Precisó el Alto Tribunal en otra de sus providencias⁴¹, que

Dicho lo anterior, era obligación de la parte actora allegar los medios probatorios suficientes que le permitieran al fallador concluir con plena certeza que la conducta de los demandados en la declaratoria de insubsistencia fue a título (sic) de dolo o culpa grave, situación que no se presentó, ya que la apoderada se limitó a establecer que los demandados actuaron de manera negligente en el nombramiento de la Dra. Álvarez, por cuanto no observaron lo dispuesto por la Resolución No. 2687 del 28 de julio de 1998 por la cual se estableció el Manual Específico (sic) de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de la Superintendencia de Notariado y Registro y Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la cual disponía como requisitos para el cargo de Secretario General lo siguiente, “título de formación universitaria o profesional en Derecho, Administración de empresas, Ingeniería Industrial, Administración Pública, Economía y título de formación avanzada o de postgrado en un área relacionada con las funciones del cargo”, hecho este cierto, por cuanto de la hoja de vida de la Dra. Álvarez no se observa ningún estudio de postgrado.

las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

⁴⁰ Cita de la cita: Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, exp. 23049.

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejera Ponente: Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz. Sentencia del 25 de julio de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00323-02(39419)

(...)

Es así como, se puede concluir que la entidad demandada fundamentó su decisión de presentar la demanda de repetición con base en la presunción establecida en el artículo 5 numeral 3 de la Ley 678 de 2001, y la sentencia condenatoria del Consejo de Estado, en la cual se declaró que el acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del Doctor Casado se hizo con falsa motivación, elementos estos insuficientes para establecer el actuar doloso o gravemente culposo por parte de los demandados, como ya quedó establecido.

Habiendo consagrado los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 presunciones de dolo y culpa grave, es necesario acudir para su entendimiento a la definición de *presunción* contenida en el artículo 66 del Código Civil:

ARTICULO 66. PRESUNCIONES. *Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Conforme a lo anterior, y dado que las referidas presunciones de la Ley 678 de 2001 no fueron catalogadas expresamente como *de derecho*, admiten, por tanto, prueba en contrario.

En los términos expuestos, pasa este Tribunal a analizar si en el presente asunto se acreditó la conducta dolosa o gravemente culposa de los demandados, que dé lugar a la imposición de la condena en este tipo de procesos.

Se recuerda que en la sentencia de segunda instancia, este Tribunal Administrativo consideró que el Municipio de Manizales incumplió la función que le asistía de verificar que la EPS Salud Cóndor conformara la red prestadora de servicios de salud en todos los niveles de complejidad, en cumplimiento del contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud nº 17001-1 del 01 de junio de 2010; lo que generó que la señora Yaneth Giraldo Bustamante no pudiera acceder a la atención especializada que requería. En otros términos, estimó que

como la entidad territorial no había realizado apropiadamente su tarea de supervisión e interventoría, tenía injerencia directa en la pérdida de la oportunidad de tratamiento de la paciente y, por lo tanto, era responsable solidariamente del daño ocasionado.

Este Tribunal comparte la posición de la Juez de primera instancia en relación con la inexistencia del último de los requisitos exigidos, si se tiene en cuenta que:

- a) Para el caso concreto se encuentra acreditado que para la época de los hechos que dieron lugar a la condena contra el Municipio de Manizales, la señora Blanca Cecilia Largo Hernández, quien se desempeñaba como profesional especializada adscrita a la Secretaría de Salud, se encontraba disfrutando de su período vacacional, de manera que no puede atribuírsele dolo o culpa grave alguna.
- b) Es así mismo improcedente considerar que la señora Andrea Jaramillo Martínez sea susceptible de condena en el marco de este medio de control, ya que sólo a partir del 25 de agosto de 2010, se vinculó contractualmente con el Municipio de Manizales.
- c) En relación con los demás demandados, consta en el expediente que no tenían asignadas expresamente obligaciones de interventoría del contrato para la administración de recursos del régimen subsidiado de Seguridad Social en Salud n° 17001-1 del 1° de junio de 2010, suscrito entre el Municipio de Manizales y la EPS Salud Cóndor, tal como lo informa la misma entidad territorial en los Oficios n° SSP 377 del 4 de junio de 2019 y n° SSP 377 del 4 de junio de 2019.
- d) A la conclusión anterior, esto es, a la inexistencia de obligaciones expresas de interventoría, y a que éstas estuvieran específicamente relacionadas con la red prestadora de servicios de salud en todos los niveles de complejidad, se llega también luego de analizar las funciones que cada uno de los accionados desempeñaba, así:
 - La señora María Eugenia Gómez Valencia se dedicaba, en general, a participar, en coordinación con el equipo de trabajo del régimen subsidiado, a la ejecución de todas las actividades tendientes a garantizar el desarrollo, vigilancia y control de dicho régimen, incluyendo las actividades de promoción, afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como participar en el desarrollo de los diferentes componentes de participación social en salud y la atención a los usuarios.

Tal como se dejó reseñado, la única función relativa a interventoría se relacionaba directamente con los procesos de afiliación y carnetización de los afiliados al régimen subsidiado en salud, sin que aquella estuviera referida específicamente al contrato suscrito entre el Municipio de Manizales y la EPS Salud Córdor.

- El señor Jhon Fredy Medina Castro estaba encargado de realizar labores operativas, de asesoría y de apoyo técnico en el manejo de las bases de datos y los sistemas de información que soportan los proyectos y programas que desarrolla la Secretaría de Salud, con el fin de facilitar y asegurar la operación correcta y normal de éstos.

No se advierte que dicha función tuviera relación directa con la interventoría de la red prestadora de servicios de salud que la EPS Salud Córdor tenía que acreditar en todos los niveles de complejidad.

- La señora Natalia Londoño Hernández, en la primera de sus vinculaciones con el Municipio de Manizales y que abarcó el período que aquí se estudia, se encontraba dedicada a apoyar las gestiones administrativas del aseguramiento en salud de la población pobre y vulnerable del Municipio de Manizales, en desarrollo de lo cual, apoyaba las actividades de inspección, vigilancia y control a los contratos de aseguramiento suscritos por el Municipio de Manizales con las EPSS contratistas, en relación únicamente con los procesos de afiliación y carnetización.
- En el marco de la vinculación que la señora Gloria Lucía Pava Miranda tuvo con el Municipio de Manizales para la fecha que interesa en este proceso, aquella tenía como función la de apoyar las acciones de inspección, vigilancia y control de la auditoría en salud de aseguramiento y de la población pobre y vulnerable del Municipio de Manizales, sin que se precisara alguna relacionada específicamente con la red prestadora de servicios de salud que la EPS Salud Córdor.
- Para junio y julio de 2010, la señora Diana Catalina Sánchez Barrera estaba dedicada a apoyar las acciones de inspección, vigilancia y control de la afiliación, carnetización y atención al usuario de los afiliados al régimen subsidiado.
- Finalmente, el señor David Eduardo Gómez Springstube, en su

condición de secretario de salud, debía ejecutar labores de dirección, organización, planeación, vigilancia y control que permitan el desarrollo coordinado de programas integrales de salud dentro del marco de la ley de seguridad social en salud.

- e) Aun cuando se hubiera demostrado un incumplimiento grave de las funciones de los aquí demandados, considera la Corporación que, en todo caso, su existencia no hubiere bastado, pues además se requería establecer si tal incumplimiento fue la consecuencia de una actuación consciente y voluntaria de los agentes, o bien el producto de una acción imprudente por no haber previsto la irregularidad en que incurrieron, pudiendo hacerlo, o haber confiado en evitar el daño que podía causar. En otras palabras, debía determinarse si además del incumplimiento grave de funciones, la conducta de los servidores fue dolosa o culposa.
- f) Es preciso recordar que, parafraseando al Consejo de Estado, no cualquier equivocación ni cualquier error de juicio del agente que desconozca el ordenamiento jurídico permite deducir la responsabilidad subjetiva que se exige como requisito para condenar en esta clase de situaciones, pues se generaría un ejercicio temeroso, ineficaz e ineficiente por parte de los servidores públicos.
- g) Además de la ausencia de obligaciones expresas de interventoría a cargo de los demandados, en relación con la red prestadora de servicios de salud de la EPS Salud Córdor en todos los niveles de complejidad, se acreditó en el expediente que para junio y julio de 2010, varios funcionarios del Municipio de Manizales, dentro de los cuales se encontraba el entonces secretario de salud David Eduardo Gómez Springstube, requirieron en diversas oportunidades a dicha EPS, buscando obtener justamente la verificación del cumplimiento de la red de prestación de servicios; todo lo cual llevó a la declaración de incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales de Salud Córdor, lo que derivó a su vez en la imposición de una multa.
- h) Pese a que los accionados no tenían a su cargo realizar interventoría del contrato suscrito entre el Municipio de Manizales y la EPS Salud Córdor, y menos en relación con el cumplimiento de la red prestadora de servicios, obran en el expediente varios informes de seguimiento en los que participaron algunos de los demandados.
- i) Del análisis de la correspondencia que en su momento se dio entre el Municipio de Manizales, la EPS Salud Córdor y algunas IPS, es evidente, como lo indicó la Juez *a quo*, que la falencia en la red

prestadora de servicios de salud que le restó oportunidad a la señora Yaneth Giraldo Bustamante de recuperar su salud, no fue un tema que se solucionara simplemente a través de una rigurosa interventoría, ya que confluyeron una serie de factores y de autoridades que impiden considerar como única causa la omisión en una función que ni siquiera fue asignada expresamente a los accionados.

- j) Finalmente, no puede pasarse por alto que, tal como lo manifestó el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento⁴², la entidad que pretende la repetición tiene una carga argumentativa mínima que no puede ser trasladada al Juez, debiendo precisar a qué título formula la acción (dolo o culpa grave), invocando alguna de las presunciones de dolo o culpa grave contenidas en la Ley 678 de 2001, y fundamentando por qué la actuación del agente encuadra en alguna de dichas nociones; obligaciones que el Municipio de Manizales no cumplió en este caso, como quiera que se limitó a indicar que la condena que le fue impuesta se produjo a causa de la falta o falla en la interventoría del contrato del régimen subsidiado en salud con la EPS Salud Cóndor, lo que encajaba en las hipótesis en las que se presume la existencia de culpa grave.

De conformidad con lo expuesto, esta Sala de Decisión considera que no se acreditó el último de los requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de los demandados en los hechos que dieron lugar a la condena contra el Municipio de Manizales.

5. Sobre la condena en costas en primera instancia

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, 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 CGP.

En reciente sentencia⁴³ el Consejo de Estado señaló que, como lo ha

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Radicación número: 15001-23-31-000-2010-01150-01 (48559).

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C.

sostenido en otros de sus pronunciamientos, en los procesos que se adelantan en ejercicio de la pretensión de repetición no es procedente condenar en costas, ya que, como lo estimó la Corte Constitucional en sentencia C-832 de 2001, en aquellos se ventila un interés público, cual es la búsqueda de la protección del patrimonio público.

Acudiendo al anterior criterio, el cual acoge este Tribunal, se revocará la condena en costas impuesta en primera instancia contra el Municipio de Manizales.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que al no haberse acreditado que los demandados actuaron con dolo o culpa grave en los hechos por los cuales el Municipio de Manizales fue condenado, no es jurídicamente procedente declarar su responsabilidad patrimonial en este asunto, lo que fuerza a confirmar la providencia dictada en primera instancia en este sentido, sin perjuicio de la revocatoria de la condena en costas, en el entendimiento que en procesos de esta naturaleza se ventila un interés público.

Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo lo señalado en punto a la improcedencia de condenar en costas en procesos de repetición, este Tribunal se abstendrá de emitir condena por dicho concepto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. REVÓCASE el ordinal tercero de la sentencia del doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con el cual se condenó en costas al Municipio de Manizales.

Segundo. En lo demás, **CONFÍRMASE** la providencia objeto de apelación, en tanto con la misma se negaron las pretensiones de repetición del Municipio de Manizales contra los señores Blanca Cecilia Largo Hernández, Jhon Fredy Medina Castro, Diana Catalina Sánchez Barrera, María Eugenia Gómez Valencia, Gloria Lucía Pava Miranda, Andrea Jaramillo Martínez, Natalia Londoño Hernández y David Eduardo Gómez Springstube.

Tercero. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

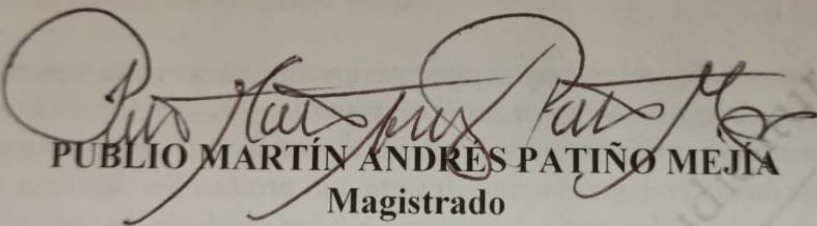
Cuarto. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

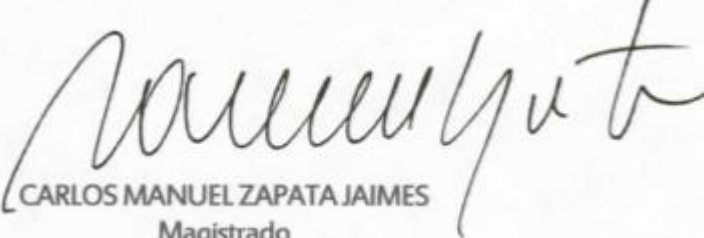
Notifíquese y Cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 017

Asunto:	Resuelve impedimento Juez
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-008-2023-00311-02
Demandante:	Lina María Cañón Franco
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Procede esta Sala de Decisión a resolver sobre la declaración de impedimento formulado por la Dra. Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, en calidad de Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en la cual aduce encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso¹, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo².

ANTECEDENTES

La señora Lina María Cañón Franco, actuando debidamente representada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con el fin de obtener la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial que se le ha pagado en razón de la expedición del Decreto 0383 de 2013.

¹ En adelante CGP.

² En adelante CPACA.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial, señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario y demás emolumentos que fueron percibidos por el demandante durante su vinculación como empleado de la Rama Judicial.

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, del cual es Juez la Dra. Liliana del Rocío Ojeda Insuasty.

Por auto del 5 de octubre de 2023, la citada funcionaria se declaró impedida para conocer del asunto, manifestando que tiene interés directo en el resultado del proceso, al tener esa servidora judicial los mismos intereses salariales perseguidos por la parte demandante dentro del presente caso.

Como consecuencia, la Juez de conocimiento remitió el expediente a este Tribunal para que se surta el trámite legal que corresponda, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 131 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 131 del CPACA reguló lo relativo al trámite de los impedimentos, fijando entre otras, la siguiente regla:

ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. *Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:*

(...)

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

En razón a lo anterior, corresponde a este Tribunal resolver sobre la manifestación de impedimento presentado por la Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales.

Al respecto, debe precisarse preliminarmente que los artículos 141 del CGP y 130 del CPACA establecen las causales de impedimento y recusación en las que pueden incurrir los magistrados y jueces. Dichas causales han sido

previstas de manera taxativa con la finalidad de preservar el principio de imparcialidad en los procesos judiciales, tal como lo ha indicado el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³.

Así las cosas, tan pronto el funcionario judicial tenga conocimiento de que se halla inmerso en una de dichas causales debe expresar su impedimento para que, conforme a lo indicado anteriormente, su superior se pronuncie sobre el mismo, para salvaguardar la imparcialidad judicial como atributo que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a lo cual el Consejo de Estado⁴ ha sostenido al respecto que:

El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”. Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. La imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, están orientadas a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública, artículo 209 de la Constitución Política.

Como se puede apreciar, la causal invocada por la Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales es la prevista en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA, por cuyo ministerio se dispuso lo siguiente:

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

³ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Auto del 11 de mayo de 2006. Radicado número: 47001-23-31-000-2005-00949-01(32362).

⁴ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado. Auto del 21 de abril de 2009. Radicado número: 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)IJ.

1. *Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.*

En relación con el alcance de la expresión “*interés directo*” contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, la Corte Constitucional en auto del 2 de diciembre de 2009⁵ explicó que aquélla no sólo tiene una connotación patrimonial sino moral, y que además para que se configure, el interés debe ser actual y directo, en los siguientes términos:

(...)

Es directo cuando el juzgador obtiene, para sí (sic) o para los suyos, una ventaja o provecho de tipo patrimonial o moral, y es actual, cuando el vicio que se endilga de la capacidad interna del juzgador, se encuentra latente o concomitante al momento de tomar la decisión. De suerte que, ni los hechos pasados, ni los hechos futuros tienen la entidad suficiente para deslegitimar la competencia subjetiva del juez.

En este orden de ideas, para que exista un interés directo en los magistrados de esta Corporación, es indispensable que frente a ellos sea predicable la existencia de alguna ventaja de tipo patrimonial a partir de las resultas del proceso. De igual manera, si lo que se pretende probar es la existencia de un interés moral, debe acreditarse con absoluta claridad la afectación de su fuero interno, o en otras palabras, de su capacidad subjetiva para deliberar y fallar”⁶. (Líneas son del texto).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 13 de diciembre de 2007⁷, sostuvo en relación con lo que debe entenderse por “*interés en el proceso*”, lo que se indica a continuación:

(...)

6. *Sobre la causal que está sometida a debate en el presente asunto la Sala ha expresado, en forma reiterada y pacífica⁸, lo siguiente:*

“El “interés en el proceso”, debe entenderse como aquella expectativa manifiesta por la posible utilidad o menoscabo, no sólo de índole

⁵ Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Auto n° 334 del 2 de diciembre de 2009.

⁶ Cita de cita: Cfr., Auto 080A de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en el cual se resolvían recusaciones contra los magistrados de la Corte Constitucional.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Auto del 13 de diciembre de 2007.

⁸ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

patrimonial, sino también intelectual o moral, que la solución del asunto en una forma determinada acarrearía al funcionario judicial o a sus parientes cercanos, y que, por aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso.

“Por lo anterior, el interés que causa el impedimento tiene que ser real, existir verdaderamente. No basta la afirmación que haga un Magistrado a su arbitrio, pues de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse del conocimiento de un caso quedaría sometida solamente a la voluntad del juez o magistrado.

“Por lo tanto, se trata de establecer “si la intervención del juez recusado o impedido en el caso concreto implicaría la obtención de un provecho, utilidad o ganancia, para sí, para su cónyuge o compañero permanente, o para sus parientes; o si el Juez, su cónyuge o compañero permanente, o alguno de sus parientes en el rango que establece la ley, profesa un sentimiento respecto de alguno de los sujetos procesales, con suficiente intensidad para hacerle inclinar su ánimo; o si existe un interés creado por otro tipo de circunstancias que permita vislumbrar la ausencia de ecuanimidad”.

Se ha agregado que:

“El interés a que alude la disposición es aquel que surge del trámite y decisión del asunto. En modo alguno de un comportamiento extraprocesal de uno de los intervinientes”⁹. (Subraya la Sala).

En el caso particular, el impedimento se fundamenta en el hecho que la prestación negada por la resolución cuya nulidad se solicita, es percibida en igualdad de condiciones por todos los Jueces Administrativos del Circuito, lo que en su sentir configura un interés directo en el asunto.

Para esta Sala es claro que se presenta un interés directo en cuanto a las prestaciones económicas que devengan los Jueces en el ejercicio de sus funciones, y en este caso en concreto los Jueces de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Manizales, ya que patrimonialmente se obtendrían beneficios en el caso que eventualmente se fallare a favor de la parte accionante y, por tanto, habría lugar a que se perturbe el fuero interno y la ecuanimidad del fallador encargado de este caso.

En otras palabras, se considera por esta Sala que, en efecto, cualquier

⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 13 de agosto de 2005, radicación 23903 y decisiones allí citadas.

decisión que sea adoptada en el asunto de la referencia puede afectar la objetividad e imparcialidad que deben gobernar a los Jueces Administrativos del Circuito en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues se trata de la definición de aspectos salariales de funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

En ese orden de ideas, al configurarse la causal discutida y al abarcar ésta a la totalidad de los Jueces Administrativos del Circuito, habrá de designarse Conjuez para resolver sobre el particular, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997, *“Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos”*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. DECLÁRASE fundado el impedimento propuesto por la Dra. Liliana del Rocío Ojeda Insuasty, en calidad de Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende así mismo a todos los Jueces Administrativos del Circuito, para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Lina María Cañón Franco contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por encontrarse incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión del artículo 130 del CPACA, en atención a lo expuesto. En consecuencia,

Segundo. SEPÁRASE del conocimiento del presente asunto a los Jueces Administrativos de este Circuito.

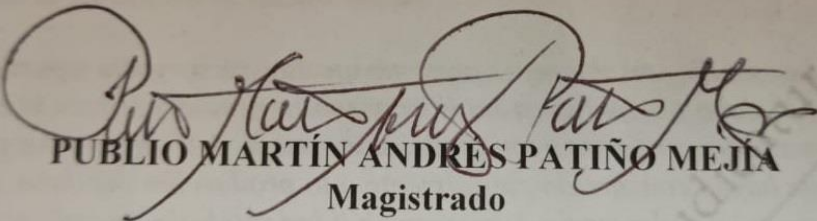
Tercero. FÍJASE como fecha para el sorteo de conjuez el día **viernes veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

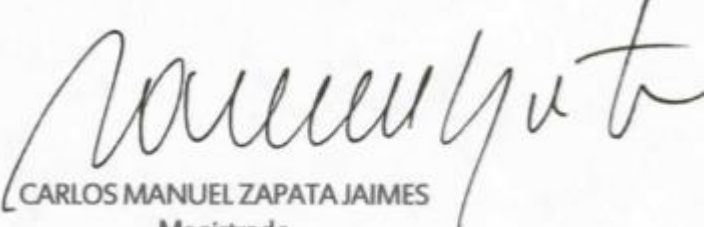
Cuarto. HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:012

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-009-2022-00038-02
Demandante:	Jhon Jairo Quintero Pérez
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Manizales

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Jairo Quintero Pérez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Municipio de Manizales.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 07 de octubre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 06 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el MUNICIPIO DE MANIZALES, el día 06 de agosto de 2021, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Manizales, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los

intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de

los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 06 de agosto de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 07, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: i. “caducidad”; ii. “falta de legitimación en la causa por pasiva”; iii. “falta de legitimación en la casusa por pasiva de las entidades que represento para asumir pagos de cesantías e intereses de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”; iv. “inexistencia de la obligación”, v. “inexistencia del deber de la Nación – Mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”; vi. “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa - liquidación de la cesantías- realizada por el ente territorial, con la de consignación de la cesantía, para extender las previsiones indemnizatoria de la Ley 50 de 1990”; vii. “régimen especial docente no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad”; viii. “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”; ix. “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, y x. “técnica de distinción (distinguishin) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial o con efectos inter pares”.

Municipio de Manizales (archivo 06, C.1):

Expresó que resulta improcedente aplicar al Municipio de Manizales la sanción moratoria reclamada por el demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica es la del Patrimonio Autónoma de la Nación y no la Administradora de Fondos de Cesantías, siendo las disposiciones que rigen su relación las contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al FOMAG las cesantías y los intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentran en cabeza de la FIDUPREVISORA como vocera y administradora de los recursos del mencionado fondo.

Propuso las excepciones denominadas: i. *“inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”*, ii. *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; iii. *“Errónea interpretación de la ley 50 de 1990”*; iv. *“cumplimiento de las directrices otorgadas por el FOMAG a la Secretaria de Educación – Municipio de Manizales”* y v. *“Prescripción”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 18, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de

cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 20, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071

de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 08 de noviembre de 2023, y allegado el 05 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se

autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o

proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 7°. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.*

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto*

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

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

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 ⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado ⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.475.076,00; e intereses a las cesantías por valor de \$713.571, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante acto administrativo ficto configurado el día 06 de noviembre de 2021, es negado lo solicitado por la parte demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Archivo 02, C.1, exp. digital.

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

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

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

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

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

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

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 veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Jairo Quintero Pérez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

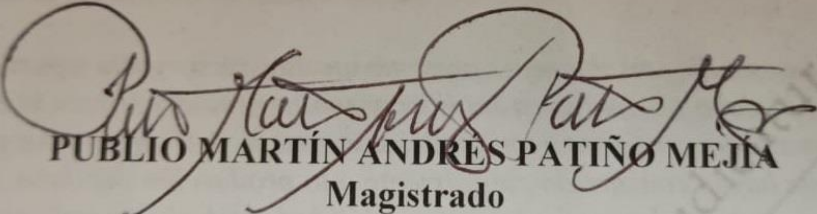
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

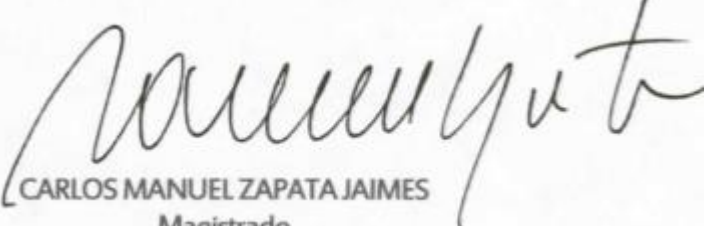
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009

FECHA: 23/01/2024

Virma Patricia Rodriguez C

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:004

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-009-2022-00117-02
Demandante:	Adriana Mercedes Ocampo Villegas
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Manizales

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana Mercedes Ocampo Villegas contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Municipio de Manizales.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 16 de diciembre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 28 de octubre de 2021, frente a la petición presentada ante el MUNICIPIO DE MANIZALES, el día 28 de julio de 2021, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Manizales, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los

intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de

los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 28 de julio de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG

Contestó la demanda de forma extemporánea.

Municipio de Manizales (archivo 06, C.1):

Expresó que resulta improcedente aplicar al Municipio de Manizales la sanción moratoria reclamada por el demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica es la del Patrimonio Autónoma de la Nación y no la Administradora de Fondos de Cesantías, siendo las disposiciones que rigen su relación las contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al FOMAG las cesantías y los intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentran en cabeza de la FIDUPREVISORA como vocera y administradora de los recursos del mencionado fondo.

Propuso las excepciones denominadas: i. *“inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”*, ii. *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; iii. *“Errónea interpretación de la ley 50 de 1990”*; iv. *“cumplimiento de las directrices otorgadas por el FOMAG a la Secretaria de Educación – Municipio de Manizales”* y v. *“Prescripción”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 18, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 20, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el

pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 08 de noviembre de 2023, y allegado el 05 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7°. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto

correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la

sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

*3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, **en cuenta individual a nombre del trabajador en***

el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

<i>Salario: \$1.200.000</i> <i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i> <i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i> <i>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000</i>	<i>Salario: \$1.200.000</i> <i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i> <i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i> <i>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840</i>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.096.649,00; e intereses a las cesantías por valor de \$417.687, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante acto administrativo ficto configurado el día 28 de octubre de 2021, es negado lo solicitado por la parte demandante. Para el efecto, se

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Archivo 02, C.1, exp. digital.

adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

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

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

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

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la*

Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que “El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”.

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana Mercedes Ocampo Villegas contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

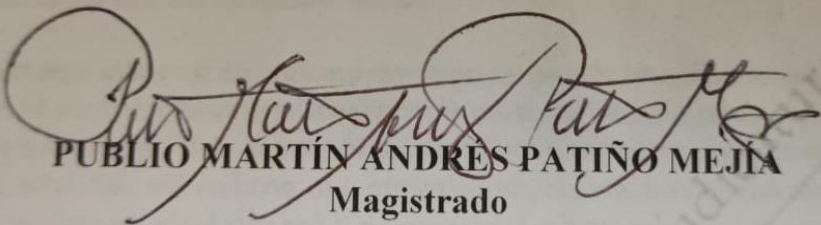
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

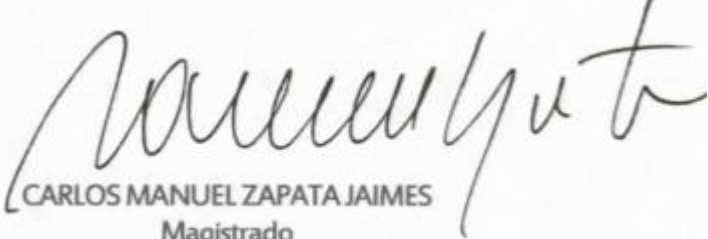
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009
FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:003

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-009-2022-00122-02
Demandante:	Myriam Bermúdez Chica
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Manizales

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº003 del 19 de enero de 2024

Manizales, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Myriam Bermúdez Chica contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Municipio de Manizales.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 16 de diciembre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 06 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el MUNICIPIO DE MANIZALES, el día 06 de agosto de 2021, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Manizales, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los

intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de

los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 06 de agosto de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: i. “caducidad”; ii. “falta de legitimación en la causa por pasiva”; iii. “falta de legitimación en la casusa por pasiva de las entidades que represento para asumir pagos de cesantías e intereses de cesantías cuando las mismas son reportadas por la entidad territorial extemporáneamente”; iv. “inexistencia de la obligación”, v. “inexistencia del deber de la Nación – Mineducación – fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”; vi. “imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa - liquidación de la cesantías- realizada por el ente territorial, con la de consignación de la cesantía, para extender las previsiones indemnizatoria de la Ley 50 de 1990”; vii. “régimen especial docente no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad”; viii. “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”; ix. “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, y x. “técnica de distinción (distinguishin) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial o con efectos inter pares”.

Municipio de Manizales (archivo 06, C.1):

Expresó que resulta improcedente aplicar al Municipio de Manizales la sanción moratoria reclamada por el demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica es la del Patrimonio Autónoma de la Nación y no la Administradora de Fondos de Cesantías, siendo las disposiciones que rigen su relación las contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al FOMAG las cesantías y los intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentran en cabeza de la FIDUPREVISORA como vocera y administradora de los recursos del mencionado fondo.

Propuso las excepciones denominadas: i. *“inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”*, ii. *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; iii. *“Errónea interpretación de la ley 50 de 1990”*; iv. *“cumplimiento de las directrices otorgadas por el FOMAG a la Secretaria de Educación – Municipio de Manizales”* y v. *“Prescripción”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 19, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de

cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 21, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

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

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071

de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 08 de noviembre de 2023, y allegado el 05 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 05 de diciembre de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 17 de enero de 2024 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se

autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o

proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

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

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada en su artículo 1º dispuso que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 7°. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.*

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto*

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

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

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 ⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado ⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.096.649,00; e intereses a las cesantías por valor de \$1.589.290, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante acto administrativo ficto configurado el día 06 de noviembre de 2021, es negado lo solicitado por la parte demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 76, archivo 02, C.1, exp. digital.

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

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

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

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

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

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

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 veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Myriam Bermúdez Chica contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

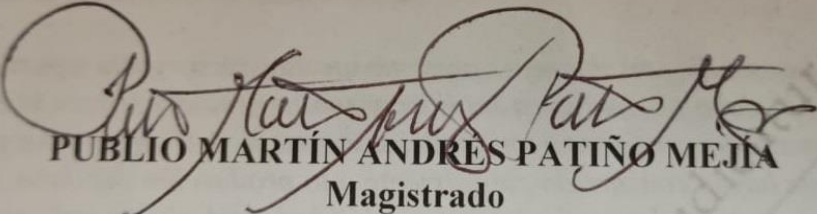
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

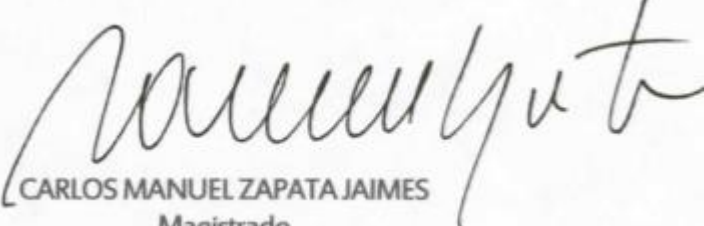
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 009
FECHA: 23/01/2024


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Medio de Control: Acción popular (Protección de los derechos colectivos)
Radicación: 170012333002022-00228-00
Demandante: José Alejandro Ruíz Zapata y Otros
Demandados: Concesión Altos del Magdalena y la Agencia Nacional de Infraestructura ANI.
Vinculado: CONSORCIO C4 del contrato APP003 de 2014 – Municipio de la Dorada -Caldas
Acto Judicial: Auto de Sustanciación 10

Visto el informe secretarial que antecede, el Despacho entra a resolver lo pertinente.

Teniendo en cuenta que ya transcurrió el término probatorio establecido en el artículo 28 de la Ley 472 de 1998, y conforme a las pruebas recaudadas; se procederá dar aplicación al artículo 33 de la citada norma, una vez vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de cinco (5) días.

Por lo anterior, se da por finalizado el periodo probatorio contemplado en la Ley 472 de 1998, y en consecuencia se pronunciará a continuación respecto del término para presentar alegatos de conclusión.

En consecuencia, se ordena a las partes allegar alegatos de conclusión dentro del término de cinco (5) días siguientes, término durante el cual también podrá presentar su concepto el Ministerio Público.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.
FECHA: 23/01/2024
Secretario (a)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Medio de Control: Acción popular (Protección de los derechos colectivos)
Radicación: 170012333002023-00088-00
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis
Demandados: Ministerio de la TIC
Acto Judicial: A.S. 11

Visto el informe secretarial que antecede, el Despacho entra a resolver lo pertinente.

Teniendo en cuenta que ya transcurrió el término probatorio establecido en el artículo 28 de la Ley 472 de 1998, y conforme a las pruebas recaudadas; se procederá dar aplicación al artículo 33 de la citada norma, una vez vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de cinco (5) días.

Por lo anterior, se da por finalizado el periodo probatorio contemplado en la Ley 472 de 1998, y en consecuencia se pronunciará a continuación respecto del término para presentar alegatos de conclusión.

En consecuencia, se ordena a las partes allegar alegatos de conclusión dentro del término de cinco (5) días siguientes, término durante el cual también podrá presentar su concepto el Ministerio Público.

Notifíquese y cúmplase

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.

FECHA: 23/01/2024

Secretario (a)

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Enero 22 de 2024.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-006-2021-00298-02
Demandante: RUHT RESTREPO RESTREPO
Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

A.S. 007

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3, 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de octubre de 2023 (Archivo PDF 35 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el recurso se propuso el 20 de octubre de 2023 (Archivo 37 y 38 ED) es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (11-10-2023).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia, numeral 5 del artículo 247 del CPACA.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA y numeral 6º del art.247 CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 09

FECHA: 23/01/2024

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Enero 22 de 2024.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-33-001-2022-00093-02
Demandante: DIANA JUDITH JIMENEZ CORREA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

A.S. 008

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3, 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de septiembre de 2023 (Archivo PDF 25 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el recurso se propuso el 09 de octubre de 2023 (Archivo 27 ED) es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (27-09-2023).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia, numeral 5 del artículo 247 del CPACA.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA y numeral 6º del art.247 CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 09

FECHA: 23/01/2024

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Enero 22 de 2024.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 17001-33-39-005-2022-00235-02

Demandante: JAIR RIVILLAS LOAIZA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

A.S. 009

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3, 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 08 de noviembre de 2023 (Archivo PDF 17 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el recurso se propuso el 29 de noviembre de 2023 (Archivo 19 y 20 ED) es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (15-11-2023).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia, numeral 5 del artículo 247 del CPACA.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA y numeral 6º del art.247 CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 09

FECHA: 23/01/2024



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, Enero veintidós (22) de dos mil veinticuatro (2024)

A.I. 003

Radicado: 17001-23-00-000-2011-00596-00
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Sociedad Gomesa y CIA SCA
Demandados: Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y Otros
Llamados en Garantía: Compañía QBE SEGUROS S.A; Compañía Mundial de Seguros S.A, Empresa de Construcciones Civiles Ltda. “Eco civil- Mafre Seguros Generales de Colombia S.A., Sociedad Cinte SAS (integrante Consorcio gran cafetal Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza Seguros Colpatria S.A- Universidad Nacional de Colombia- Consorcio Constructora Castilla y señor Mario Mejía Restrepo- Consorcio Palestina II Ingeniería, Desarrollo y Tecnología SAS – IDT SAS y otros

Antecedentes

Por auto que antecede, se ordenó requerir a las entidades accionadas Departamento de Caldas, la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; Inficaldas, Asociación Aeropuerto del Café y Corpocaldas, para que en el término de quince (15) días den cumplimiento a lo ordenado por el Despacho, so pena de decretar el desistimiento de la prueba pericial.

Así mismo, oficiar al Representante Legal de la empresa Aliar S.A., para que informe sobre la viabilidad de efectuar el dictamen pericial solicitado por la parte actora conforme se indicó en dicho proveído.

El 25 de mayo de 2023, la empresa Aliar afirmó que cuenta con la ingeniera Civil especialista en Geotecnia DANIELA QUINTERO CORREA para llevar a cabo el dictamen solicitado, así mismo solicita un anticipo de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para atender gastos propios de la pericia.

Posteriormente, el 29 de mayo de 2023, la apoderada judicial del Departamento de Caldas, solicitó ampliar el plazo para el pago del anticipo a la empresa Aliar S.A., en atención a la información requerida por la profesional del derecho, remitido al correo de la empresa en mención.

Consideraciones

La atención se concentra en determinar si es procedente ordenar el desistimiento tácito de la prueba pericial decretada, conforme a lo establecido en el artículo 178 del CPACA, de acuerdo a las actuaciones judiciales adelantadas en el proceso.

Expuesto lo anterior, es dable abordar la norma que regula dicha situación jurídica teniendo en cuenta su regulación, el cual establece así:

“Transcurrido un plazo de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el Juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes. Vencido este último término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares. El auto que ordena cumplir la carga o realizar el acto y el que tiene por desistida la demanda o la actuación, se notificará por estado. Decretado el desistimiento tácito, la demanda podrá presentarse por segunda vez, siempre que no haya operado la caducidad.”

Por su parte, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado señaló que el desistimiento tácito nace como consecuencia de la inactividad de las partes cuando no cumplen alguna carga procesal dentro del término perentorio y conlleva a la terminación del proceso. Así mismo se ha indicado que dicha figura no puede aplicarse de una forma absoluta, estricta y rigurosa, con el fin de evitar que se incurra en un exceso ritual manifiesto, sino que el juzgador tiene que ponderar varios preceptos constitucionales, de modo que se encuentre para cada caso concreto un justo equilibrio entre los principios de eficiencia y economía, por una parte, y el acceso a la administración de justicia de los demandantes¹.

Dicha postura ha sido reiterada por la Sección Tercera², de dicha máxima Corporación, en sentido ha indicado:

“Como lo ha señalado la doctrina, la figura del desistimiento tácito persigue un objetivo principal cual es “sancionar la negligencia y desinterés que muestran algunos demandantes al no cumplir con una carga que les corresponde para poder darle el impulso necesario a sus procesos”.

No se puede entonces dudar que el precepto contemplado en el inciso 2º del art. 207.4 del C.C.A., tal como fue modificado por el art. 65 de la Ley 1395 de 2010, pretende contribuir a un mejor y más ágil desempeño en la Administración de Justicia, cometido éste que – debe enfatizar la Sala en este lugar–, no es el único y ha de aplicarse de manera armónica con el resto de principios constitucionales fundamentales que, de consuno, buscan asegurar el acceso a la justicia y su efectiva y material realización en un Estado social de derecho.

En pocas palabras, la aplicación del principio de eficacia y exclusión de actuaciones negligentes en las que, ocasionalmente, suelen incurrir las partes procesales, no puede ser rígida e inflexible, ni puede llevarse a la práctica con ausencia de toda consideración por las circunstancias del asunto en concreto pues, de ser ello así, se amenaza seriamente con truncar la debida realización de uno de los principales fines del Estado social de derecho cual es obtener justicia material.

En jurisprudencia reiterada la Corte Constitucional se ha referido al defecto procedimental absoluto como derivación o desarrollo de dos preceptos constitucionales de capital importancia: i) el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso (art. 29 C.P.) que comprende, entre otras cosas, la necesidad de que las

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 05001-23-33-000-2012-00607-01(47974). C.P. Danilo rojas Betancourth, cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2076155>

² Cita de la cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 31 de enero de 2013, radicación n.º 190012331000201000361-01, actor: Leonardo Antonio López Valencia, C.P. Estella Conto Díaz del Castillo.

autoridades judiciales respeten el procedimiento y las formas propias de cada juicio; ii) el acceso a la administración de justicia (art. 228 C.P.) que presupone reconocer la “prevalencia del derecho sustancial y la realización de la justicia material en la aplicación del derecho procesal”.

Como se ve, la Corte ha enfatizado que se incurre en defecto procedimental absoluto por dos vías: i) por defecto, esto es, porque la autoridad judicial se abstiene injustificadamente de aplicar las formas propias del juicio que está bajo su conocimiento y respecto del cual debe recaer su decisión; ii) por exceso ritual manifiesto, es decir, por cuanto la autoridad judicial “utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y [de esta manera], sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”.

*A partir de lo expuesto puede concluir la Sala que se entorpece o trunca la materialización del derecho sustancial y, por ende, se está ante una denegación de justicia, cuando quiera que la autoridad judicial i) **no tiene en cuenta que el derecho procesal es un instrumento, medio o vehículo para la efectiva realización de los derechos constitucionales fundamentales y lo convierte en un fin en sí mismo; ii) aplica el derecho procesal de una manera en exceso inflexible y rigurosa sin atender a las circunstancias del caso concreto y descuidando la aplicación de otros principios que, mirados en conjunto, contribuyen a la efectiva preservación de los derechos constitucionales fundamentales de las partes en el proceso.***

De lo expuesto, la Sala concluye que la figura del desistimiento tácito, se presenta cuando las partes en el proceso no cumplen con las cargas procesales para continuar de manera eficiente el trámite a su cargo, cuya sanción implica la terminación de las actuaciones que dependen de algún impulso a cargo del interesado; lo que no quiera decir que deba aplicarse de manera rigurosa, en consideración a los postulados constitucionales concernientes al acceso a la administración de justicia y debido proceso.

Caso concreto

En el caso bajo examine, se tiene a través del auto que dio apertura a la etapa probatoria, entre las pruebas decretadas se ordenó como prueba en común dictamen pericial en diferentes áreas especializadas (Pericial -Contador, Pericial Ingeniero Agrónomo, Pericial – topógrafo, Perito Avaluador) por lo que se ordenó integrarlo en un área específica esto es, en la especialidad en Ingeniería Civil.

Bajo este contexto, si bien, la apoderada judicial del Departamento de Caldas, solicitó aplazamiento para el pago del anticipo a la empresa Aliar S.A., se observa que a la fecha no se ha allegado constancia del pago en mención, y las demás entidades tampoco han efectuado ninguna manifestación al respecto.

En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que ya había transcurrido el término de 30 días, sin que se hubiese adelantado alguna actuación por las partes que solicitaron la prueba pericial. Y por auto del 3 de mayo de 2023, se ordenó el término de quince (15) días previsto en el artículo 178 del CPACA, para dar cumplimiento al pago del anticipo con el fin de rendir el peritazgo decretado. Pese a lo anterior, no se acredita alguna actuación de las partes que solicitaron la prueba pericial para llevar a cabo su práctica.

En consecuencia, y atención a los fundamentos normativos precitados se considerará desistida la prueba pericial a cargo de las entidades accionadas Departamento de Caldas, la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; Inficaldas, Asociación Aeropuerto del Café y Corpocaldas., conforme a lo señalado en precedencia.

De otro lado, en el auto en mención también se requirió el término de (15) días para que se allegara la totalidad de las pruebas documentales. En este sentido, se decretará el desistimiento tácito de las pruebas documentales, que no se hayan aportado conforme a las pruebas decretadas en el auto de pruebas.

Se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, de la solicitud de pago de anticipo de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para atender gastos propios de la pericia, solicitado por la ingeniera Civil especialista en Geotecnia DANIELA QUINTERO CORREA, misma que se encuentra a cargo de la parte actora.

Una vez transcurrido dicho término, la parte actora deberá sufragar los gastos de pericia transcurridos quince (15) días siguientes, allegando prueba de ello.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR DESISTIMIENTO de la prueba pericial a cargo de las entidades Departamento de Caldas, la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; Inficaldas, Asociación Aeropuerto del Café y Corpocaldas. Así mismo, de las pruebas documentales decretadas en el auto de pruebas y que no hayan sido aportadas por los motivos anteriormente expuestos.

SEGUNDO: Se dará traslado de tres (3) días, de la solicitud de pago del anticipo de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para atender gastos propios de la pericia, solicitado por la ingeniera Civil especialista en Geotecnia DANIELA QUINTERO CORREA, misma que se encuentra a cargo de la parte actora.

Una vez transcurrido dicho término, la parte actora deberá sufragar los gastos de pericia transcurridos quince (15) días siguientes allegando prueba de ello.

TERCERO: Notifíquese la citada providencia en los términos del CPACA.

NOTIFÍQUESE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 23/01/2024
FECHA:
Secretario (a)