

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 03 DIC 2019

Auto Interlocutorio No. 1025

Proceso No.: 76001-33-33-008-2017-00111-00
Ejecutante: GERARDO ALFONSO SALCEDO CEDANO
Ejecutado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Acción: EJECUTIVA

ASUNTO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar promovida por la parte ejecutante, visible a folio 199 del expediente.

ANTECEDENTES

Mediante Auto interlocutorio No. 0068 del 30 de enero de 2018 (Fls.130-133), se decretó la medida cautelar en cuanto al BANCO BBVA.

CONSIDERACIONES

↓ **MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA**

Solicita la parte ejecutante, que se decrete el embargo, retención y deducción de las sumas de dinero que tenga o llegare a tener la entidad demandada en las entidades bancarias que corresponda.

En aras de darle prevalencia al pago del crédito y a los poderes de ordenación e instrucción del juez, como imperativo del CGP, artículo 43, se deberá considerar que **"El juez también hará uso de este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado."** Pese a que, la entidad no identificó las entidades financieras.

El trámite dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo ordenamiento sobre oportunidad, requisitos de la solicitud, procedencia, términos y recursos, es un trámite independiente al previsto para las demás actuaciones que deban surtirse dentro del proceso ejecutivo contencioso administrativo, rigiéndose por lo dispuesto en el CGP.

Antes de abordar lo anterior, a fin de adentrarnos al contexto jurídico, la doctrina menciona la teleología de las medidas cautelares a partir de la expedición del Código general del Proceso, haciendo alusión *"El régimen cautelar adoptado en el Código General del Procesos es coherente con mandatos supraleales, pues cumple con objetivos como los de la igualdad procesal, la primacía del derecho sustancial y la efectividad de la administración de justicia, por cuanto sin cautelas no es posible materializar la sentencia que tutele el derecho reclamado por el accionante."*¹

De conformidad al artículo 599 del Código General del Proceso, que señala que el valor de la medida de embargo no podrá superar el doble del crédito, es necesario traer a colación la mentada normativa:

"ARTÍCULO 599. EMBARGO Y SECUESTRO. Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado.

(...)El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad."* (Resaltado fuera del texto original)

Cumplidos como están los requisitos exigidos por el artículo 599 del Código General del Proceso, es necesario hacerla efectiva a favor de los intereses de la parte actora, pues se trataría únicamente de una obligación insatisfecha interminable.

Ahora bien, el artículo 594 del CGP, estima lo siguiente:

"Artículo 594. Bienes inembargables.

Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar: (...)

Parágrafo.

¹ FORERO SILVA Jorge- Medidas Cautelares en el Código General del Proceso-pág. 1

Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene.

A partir del artículo 19 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto 111 DE 1996 (Enero 15) "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto" se señala:

"ARTÍCULO 19. Inembargabilidad. Reglamentado por el Decreto Nacional 1101 de 2007. Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman.

No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias.

Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4º del título XII de la Constitución Política.

Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (L. 38/89, art. 16; L. 179/94, arts. 6º, 55, inc. 3º)"

Ahora bien, según lo estipulado por el Decreto 028 de 2008 "por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones" es inembargable lo siguiente:

"Artículo 21. Inembargabilidad. Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables. Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes."

La sentencia C-1154 de 2008, al analizar la constitucionalidad de la norma *ibidem*, proferida por la Corte Constitucional, trajo algunas reglas de excepción, enlistadas de la siguiente manera:

"...El Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada. La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias; y la tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible..." (Resaltado fuera del texto original)

De otra parte, sobre la posibilidad de cancelar obligaciones de carácter laboral con recursos de destinación específica de la entidad, esa corporación en la misma providencia dispuso:

"...La interpretación que resulta compatible con los preceptos de la Carta Política en tanto asegura la efectividad de los derechos y ofrece certeza sobre el pago de acreencias laborales, es según la cual, el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses contados a partir de la ejecutoria de la misma, después de lo cual podrán imponerse medidas cautelares sobre los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, y, si esos recursos no son suficientes para asegurar el pago de las citadas obligaciones, deberá acudirse

a los recursos de destinación específica... (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Visto lo anterior, al traerse en mención la sentencia de constitucionalidad, se dispuso en su parte resolutive, sobre obligaciones reconocidas por sentencia judicial que verse sobre temas laborales, que:

*"Declarar **EXEQUIBLE**, en lo acusado, el artículo 21 del Decreto 28 de 2008, en el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica."*

De lo expuesto se puede concluir que siendo la inembargabilidad de los recursos de la seguridad social la regla general, ésta encuentra su excepción precisamente en el evento en que se pretenda garantizar el pago efectivo y oportuno de una pensión, como en el caso concreto, al pretender el reconocimiento y pago de retroactivos desde el 31 de agosto de 2004 al 28 de marzo de 2009², lo anterior porque no tendría ningún sentido práctico que se haga más rigurosa una prohibición fundada en el artículo 134 de la Ley 100 de 1993, cuando lo que se persigue es el recaudo monetario de un derecho laboral debidamente reconocido por ésta jurisdicción.

En sentencia C-566 de 2003, el Alto Tribunal Constitucional insiste en que el principio de inembargabilidad, no es absoluto y se señala:

"La Corte señaló que dicho principio de inembargabilidad es aplicable solamente en el entendido que cuando se trate de sentencias judiciales los funcionarios competentes deben adoptar las medidas conducentes al pago de las mismas dentro de los plazos establecidos en las leyes, siendo posible la ejecución diez y ocho meses después de la ejecutoria de la respectiva sentencia. Así mismo que no existe justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Por lo que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la ley y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos."

Posición reiterada en la sentencia-C-539 de 2010 por la Corte Constitucional, al precisar:

*"Con todo, la Sala estima que en la citada Sentencia C-1154 de 2008 la Corte ya se pronunció sobre la constitucionalidad de la regla general de inembargabilidad, contenida en el primer inciso del artículo 21 del Decreto 028 de 2008, que también se aplica para el cobro judicial de las obligaciones contraídas por las entidades territoriales para la prestación de los servicios que se financian con los recursos del SGP. Esta regla general fue declarada exequible, y el condicionamiento introducido a la constitucionalidad del artículo 21 se limitó a indicar que respecto de **"obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia"**, en ciertas circunstancias podía acudir a decretar medidas cautelares sobre los recursos de destinación específica de dicho Sistema."*

Para reafirmar las excepciones consagradas para el operador jurídico y que debe aplicar al momento de resolver el caso concreto, reflexiona la Corte Constitucional en sentencia c-543 de 2013, lo siguiente:

"Sin embargo, contempló excepciones a la regla general para armonizar el principio de inembargabilidad de recursos públicos con otros principios, valores y derechos constitucionales, entre los que se encuentran, la dignidad humana, la vigencia de un orden justo y el derecho al trabajo. Éstas son:

*(i) **Satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral** con el fin de hacer efectivo el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas[4].*

*(ii) **Pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica** y la realización de los derechos en ellas contenidos[5].*

*(iii) **Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible**. [6] (...)."*

El Consejo de Estado³, también señaló que:

"La Corte Constitucional, al resolver la demanda de inconstitucionalidad del artículo 19 del decreto 111 de 1996, que lo declaró exequible, señaló el 4 de agosto de 1997 que, aunque por regla general resultaban inembargables las rentas incorporadas al Presupuesto General de la Nación, ese principio constitucional tenía una excepción y era cuando se trataba del cobro de condenas contenidas en providencias judiciales dictadas por la jurisdicción contencioso administrativa, de créditos laborales contenidos en actos administrativos y de créditos originados en contratos estatales."

Con la vigencia de esta nueva disposición legal es evidente la improcedencia del decreto de medidas cautelares respecto de los recursos del Sistema General de Participaciones.

² Ver folio 32 del c.ú

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN C-Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- 54001-23-31-000-2009-0224-02 (41521)

Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional[3], sobre la constitucionalidad del artículo transcrito, al declararlo exequible de manera condicionada, en el entendido que la medida cautelar **será procedente únicamente cuando las obligaciones se deriven de sentencias de orden laboral, siempre que los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación resulten insuficientes para el pago de tales obligaciones.** En los demás casos, no se podrá embargar tales recursos.

Con todo, la Sala estima que en la citada Sentencia C-1154 de 2008 la Corte ya se pronunció sobre la constitucionalidad de la regla general de inembargabilidad, contenida en el primer inciso del artículo 21 del Decreto 028 de 2008, que también se aplica para el cobro judicial de las obligaciones contraídas por las entidades territoriales para la prestación de los servicios que se financian con los recursos del SGP. Esta regla general fue declarada exequible, y el condicionamiento introducido a la constitucionalidad del artículo 21 **se limitó a indicar que respecto de "obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia", en ciertas circunstancias podía acudir a decretar medidas cautelares sobre los recursos de destinación específica de dicho Sistema"** (resaltado fuera del texto)

Debe tenerse presente entonces según el análisis de la Máxima Corporación Constitucional que, si no se cuenta con ingresos corrientes de libre destinación por cuanto no son suficientes para la entidad a fin de dar cumplimiento a una sentencia, se deberá acudir a los recursos de destinación específica, en especial para los temas de obligaciones laborales reconocidas mediante providencia judicial.

El Consejo de Estado⁴, ha señalado en igual sentido, las excepciones que consagra aquél denominado principio de Inembargabilidad y precisó:

"(...)A pesar de la determinación constitucional y legal de "inembargabilidad", sobre los bienes vistos, unos indicados en la Constitución y otros en la ley, pueden embargarse cuando se den ciertas condiciones, analizadas en sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, con base en la misma Carta Política y la ley. Tanto la del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional ha versado sobre la regla general y las excepciones a "la inembargabilidad de algunos bienes del Estado". Ver sentencia del 22 de julio de 1997 expediente S-694 de la Sala Plena del Consejo de Estado, C-546 de 1992 de la Corte Constitucional. Si bien la Sala reitera que en principio esos sí son inembargables por determinación legal, dicha inembargabilidad no es irrestricta:

(...) la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, atendiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, concluyó a propósito de la inembargabilidad de los bienes y rentas de las entidades públicas varios puntos jurídicos en los diferentes niveles del Estado, en providencia dictada el día 22 de julio de 1997, expediente S-694; así: En el nivel nacional: Respecto de la NACIÓN. La regla general "de no ejecución", presenta tres excepciones, relacionadas con: -el cobro compulsivo de las sentencias dictadas por la jurisdicción administrativa (art. 177 C. C. A y sentencia de 1 de octubre de 1992 de la Corte Constitucional); -los créditos laborales contenidos en actos administrativos (arts. 25 y 53 de la Constitución y sentencia C - 546 de la Corte Constitucional); -los créditos provenientes de contratos estatales (art 75 ley 80 de 1993 y sentencia C-546 de la Corte Constitucional)"

Por otro lado, conviene traer a colación el concepto expedido por la Directora de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la Nación del 18 de diciembre de 2014, en el que hace referencia a la destinación de dineros y su consecuente inembargabilidad, así como las excepciones, en algunos de sus aportes menciona:

"En este orden jurídico de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 028 de 2008, y su declaratoria de exequibilidad condiona, las obligaciones laborales reconocidas judicialmente deben ser canceladas en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y De lo Contencioso Administrativo, con recursos correspondientes a ingresos corrientes de libre destinación y si éstos no alcanzan, sólo en este caso, se podrá acudir a los de destinación específica con son (sic) los del Sistema General de Participaciones. (...)

(...) En el orden establecido, son inembargables los recursos que reciben las entidades territoriales provenientes del Sistema General de Participaciones, salvo los casos de las acreencias laborales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 del Decreto Ley 028 de 2008 y las sentencias c-1154 de 2008 y 539 de 2010 de la Corte Constitucional."

En concordancia con lo anterior, el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en providencia reciente⁵, en un asunto similar al que hoy se discute, al resolver recurso de apelación por parte de la entidad ejecutada, frente a su inconformidad del decreto de medida de embargo y retención de dineros alegando ser dineros inembargables, recordó dicha corporación las excepciones previamente consagradas, así:

" (...)En numerosas oportunidades el máximo órgano constitucional se ha pronunciado acerca del principio de inembargabilidad de recursos públicos, explicando que este tiene sustento en la adecuada provisión,

⁴ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA-Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ-Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil tres (2003).- Radicación número: 47001-23-31-000-1997- 5102-01(19137)

⁵ Tribunal Administrativo del Valle del Cauca-Recurso de apelación de Auto- 27 de septiembre de 2016-M. ponente. Dr Franklin Pérez Camargo.

administración y manejo de los fondos necesarios para la protección de los derechos fundamentales y en general para el cumplimiento de los fines del Estado.

La postura antes descrita, se ha mantenido inalterada en la jurisprudencia constitucional, lo que implica reconocer que el Legislador tiene la facultad de señalar qué bienes no constituyen prenda general de la garantía del Estado frente a sus acreedores y por lo tanto son inembargables en las controversias de orden judicial, pues se trata de una competencia asignada directamente por el Constituyente (art. 63 CP).

Sin embargo, la jurisprudencia también ha dejado en claro que el principio de inembargabilidad no es absoluto, sino que por el contrario debe conciliarse con los demás valores, principios y derechos que sean reconocidos en la Carta Política.

En este panorama, el Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada.

Frente a lo anterior, la sentencia C-1154 de 2008 repasó toda la jurisprudencia precedente relativa al principio de inembargabilidad de los recursos públicos y a las excepciones al mismo que habían sido introducidas por dicha jurisprudencia y dispuso que estas excepciones jurisprudenciales tienen que ver:

- i) Con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.
- ii) Con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias.

Termina esta Sala el presente recurso manifestando que se confirmara la decisión recurrida, **dado que el Juez de conocimiento procedió conforme a derecho, respecto del embargo y retención de los dineros registrados a favor de la UGPP en las diversas entidades financieras solicitadas en el escrito presentado por la parte demandante, puesto que se encuentra suplido el término legalmente establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y los requisitos establecidos en la jurisprudencia citada en el acápite anterior.** (Resaltado fuera del texto original).

En este orden de ideas, comoquiera que el proceso ejecutivo adelantado contra LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, versa sobre el pago por concepto de retroactivo por concepto de la pensión de invalidez que percibe el señor GERARDO ALFONSO SALCEDO, al encontrarse exceptuado a la regla de inembargabilidad y haberse superado ampliamente el término para que la entidad ejecutada dé cumplimiento total al fallo, se decretará la medida de embargo y retención de dineros por valor de **\$50.000.000**. Suma estimada para cubrir las diferencias pensionales desde el 31 de agosto de 2004 hasta el 28 de marzo de 2009, la indexación respectiva y los intereses causados, de acuerdo a lo probado en el juzgado.

Teniendo en cuenta que la orden de seguir adelante y la liquidación de crédito se encuentra en firme, dichos dineros deberán ser consignados al juzgado, y se dispondrá el juzgado el envío, a través de la confirmación de la medida.

Se librará oficio a todas las entidades financieras. No obstante, a fin de evitar la multiplicidad de embargos y a fin de evitar un colapso económico para la entidad ejecutada. La entidad financiera una vez comunique el registro del embargo, deberá estar a la espera de la confirmación de la medida para el envío de dineros.

Se advierte a la entidad financiera que, en ningún caso se podrá tramitar embargo sobre cuentas de recursos destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la entidad, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ y la Circular No. 014 del 8 de junio de 2018, expedida por la Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia el Juzgado,

RESUELVE:

1. DECRETESE EL EMBARGO Y RETENCIÓN de las sumas de dinero que tenga o llegare a tener LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el BANCO DE OCCIDENTE, BANCO DE BOGOTÁ, BANCOLOMBIA, BANCO POPULAR, BANCO COLPATRIA, BANCO CITIBANK, BANCO GNB SUDAMERIS, BANCO CAJA SOCIAL, BANCO AGRARIO DE COLOMBIA, BANCO DAVIVIENDA, BANCO AV VILLAS, BANCO HELM BANK, BANCOOMEVA, BANCO FALABELLA, BANCO PICHINCHA Y DEMÁS ENTIDADES FINANCIERAS, por ser un asunto exceptuado a la regla de inembargabilidad al derivarse de un crédito de origen laboral, conforme a lo expuesto en la parte

⁶ Consejo de estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera: Magistrado Ponente: Santifimio, auto del 3 de noviembre de 2015-Radicación 27001-23-31-000-2006-00090-02 (53603) Acción Ejecutiva

motiva, **en concordancia con el artículo 594 del CGP**, artículo 19 del Decreto 111, de enero 15 de 1996; además se exceptúe el monto legalmente inembargable, conforme a las disposiciones legales establecidas en el Decreto 663 de 1993, artículo 126, numeral 4º, Decreto 1807 de 1994, artículo 2º, y la Circular No. 126 de 1999 de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

La parte ejecutante es el señor **GERARDO ALFONSO SALCEDO CEDANO**, identificado con cedula de ciudadanía 16.580.301 de Cali, quien actúa por conducto de apoderado judicial el Dr. NELSON ALEJANDRO RAMÍREZ VANEGAS⁷, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.022.324.497 y T.P No. 197.006 del C.S. de la J.

De tratarse de dineros inembargables, la entidad destinataria cumplirá la orden. (Parágrafo del art. 594 del CGP).

En este orden, la suma determinada y que sea retenida deberá ser consignada en la cuenta de depósitos judiciales de este Juzgado No. **760012045008** del Banco Agrario, una vez al Despacho se le confirme el registro de embargo, deberá estar a la espera al entidad financiera de la confirmación para el envío de los dineros respectivos.

2. Oficiese a los respectivos Gerentes de las entidades Bancarias señaladas en el numeral 1º, para que tomen nota de la anterior medida, de lo cual darán cuenta dentro de los tres (3) días siguientes a éste Despacho, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en la Ley. El oficio respectivo deberá ser tramitado por el apoderado judicial de la parte interesada. **Se advierte a la entidad financiera que, en ningún caso se podrá tramitar embargo sobre cuentas de recursos destinados al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la entidad, de conformidad con la Circular No. 014 del 8 de junio de 2018, expedida por la Procuraduría General de la Nación.**

3. Límitese el embargo a la suma de **CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000,00 m/cte)**. (Art. 593 numeral 10, del C.G.P). Sin perjuicio que la suma aquí dispuesta pueda ser modificada a lo que resulte probado. Notifíquese el embargo decretado en la forma prevista en el artículo 298 del C.G.P.

Notifíquese y Cúmplase,

Mónica Londoño Forero
MÓNICA LONDOÑO FORERO
Juez

NOTIFICACION POR ESTADO
En auto anterior se notificó por:
Estado No. 04 092
De 04 DIC 2019
LA SECRETARIA, CA

⁷ Ver folio 11 del expediente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 03 DIC 2019

Auto Interlocutorio No. 1026

PROCESO NO. 76001-33-33-008-2019-00272-00
CONVOCANTE: CLAUDIA PATRICIA ZUÑIGA OSORIO
CONVOCADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO - FOMAG
ASUNTO: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

I. ANTECEDENTES

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede este Despacho a resolver sobre el acuerdo conciliatorio extrajudicial logrado entre la apoderada judicial de la señora Claudia Patricia Zúñiga Osorio y la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por la suma de dos millones novecientos noventa y tres mil novecientos veintinueve pesos (\$2.993.929), correspondiente al 90% del valor total de la sanción moratoria (31 días de mora).

La solicitud de conciliación fue presentada por la Dra. Angélica María González, apoderada de la parte convocante, a quien se le confirió poder especial para ello, tal como obra a folio 10 del expediente, y quien posteriormente sustituyó poder a la abogada Stefanía Blanco González (fl.34), correspondiéndole por reparto a la Procuraduría 59 Judicial I para asuntos Administrativos de Cali (V), quien avocó el trámite y celebró la audiencia (fl. 25-26 y 55-56).

PRUEBAS APORTADAS

Se aportan como pruebas, las siguientes:

- 1) Solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial presentada por la apoderada de la parte convocante (fls. 2-9 y 21).
- 2) Poder conferido por la parte convocante a la abogada Angélica María González identificada con C.C. # 41.952.397 y T.P #275.998, quien sustituyó poder a la abogada Stefanía Blanco González (fls. 10 y 34 del expediente).
- 3) Resolución No. 4143.0.21.2365 del 1 de abril de 2016 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para reparación, remodelación o ampliación a nombre de Claudia Patricia Zúñiga Osorio”* (fls. 11-14).
- 4) Extracto de intereses a las cesantías emitido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. (fl. 16).
- 5) Solicitud de sanción moratoria de la demandante radicada el 4 de marzo de 2019 (fls. 17-18).
- 6) Auto No. 232 – 2019 del 22 de julio de 2019, por medio del cual la Procuraduría 59 Judicial I para Asuntos Administrativos, admite la conciliación extrajudicial (fl. 25).
- 7) Poder y anexos conferido por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos identificado con C.C. No. 80.211.391 y T.P No. 250.292 del C.S de la J., quien sustituyó poder a la abogada Luisa Alejandra Zapata Beltrán (fls. 27-29 y 35-53).
- 8) Acta del 18 de septiembre de 2019, por medio de la cual se decidió la suspensión de la audiencia de conciliación (fl. 31 vto.).
- 9) Certificación expedida por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en la que se presenta fórmula conciliatoria. (fls. 32-33).
- 10) Certificación de pago de cesantía a la demandante, expedido por la vicepresidencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 54).
- 11) Acta de audiencia del 8 de octubre de 2019, expedida por la Procuraduría 59 Judicial I para Asuntos Administrativos de Cali. (fls. 55-56 ib.).

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Consejo de Estado, ha establecido en reiterada Jurisprudencia, los siguientes requisitos para la aprobación de las conciliaciones extrajudiciales:

- a) La debida representación de las personas que concilian.
- b) La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c) La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d) Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e) Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente probado en la actuación.
- f) Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público, ni a la ley. (Artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

Procede el despacho a determinar en el acuerdo conciliatorio efectuado por las partes, si se cumplen los presupuestos anteriormente enunciados y que son de imperativo cumplimiento; a fin que el despacho pueda avalar el acuerdo.

➤ REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES Y CAPACIDAD O FACULTAD PARA CONCILIAR

La parte convocante aportó el poder conferido a la abogada Angélica María González (fl. 10 del expediente), para que, en su representación, adelantara las labores necesarias ante La Procuraduría Judicial Administrativa para lograr el acuerdo conciliatorio con la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad convocada. Así mismo, se sustituyó poder a la abogada Stefania Blanco González (fl. 34).

De igual forma, la parte convocada aportó el poder y anexos, conferido por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos (fls 35-40), quien a su vez, sustituyó poder a la abogada Luisa Alejandra Zapata Beltrán (fl. 27).

Las partes afirmaron conciliar de la siguiente manera: *“Propuesta: Número de días de mora: 31, asignación básica aplicable: \$3.219.278. Valor de la mora: \$3.326.588. Valor a conciliar: \$2.993.929, correspondiente al 90%. Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 2 meses. No se reconoce valor alguno por indexación (...).”*

➤ LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

La caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales. Es decir que el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, en cuanto a la nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses lo cual se constituye como un instrumento que mantiene y protege la seguridad jurídica que debe brindar el Estado para la estabilidad social de sus integrantes.¹

Para ello, como control del juez en razón a la caducidad de la acción, según el numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, estableció aquellos casos en que es factible presentar la demanda en cualquier tiempo, esto cuando se pretenda: i) nulidad simple, ii) el objeto de litigio verse sobre bienes imprescriptibles del Estado, iii) actos que nieguen o reconozcan prestaciones periódicas, iv) **actos productos del silencio administrativo**, v) acción de cumplimiento.

En el caso particular, como quiera que se evidencia que se configuró el acto ficto o presunto por la no contestación de la petición radicada el 4 de marzo de 2019 (fl. 17), se concluye que al tratarse de un acto respecto del cual opera el silencio administrativo negativo, la demanda puede interponerse en cualquier tiempo, por lo tanto, no opera la caducidad en el presente asunto.

➤ RESPALDO PROBATORIO DE LO RECONOCIDO

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION “B”- Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ-Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).-Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08)

La conciliación materia de análisis, versa sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales a nombre de la docente Claudia Patricia Zúñiga Osorio.

Se encuentra acreditado en la foliatura:

1. Que mediante Resolución No. 4143.0.21.2365 de fecha abril 01 de 2016, el FOMAG, reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a favor de la señora Claudia Patricia Zúñiga Osorio. (fl. 11-14)
2. Que según los hechos de la solicitud de conciliación y la certificación proferida por la Fiduprevisora S.A, las cesantías fueron pagadas a la convocante en fecha julio 18 de 2016. (fl. 54).
3. Que la demandante, por intermedio de apoderado judicial, interpuso derecho de petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales – FOMAG, en fecha marzo 04 de 2019, solicitando el reconocimiento y pago de la SANCIÓN MORATORIA por el presunto pago tardío de sus cesantías. (fl. 17-18).
4. Que el apoderado de la parte demandante, manifestó que la entidad demandada no contestó la solicitud interpuesta en fecha marzo 04 de 2019, configurándose así el acto ficto o presunto producto del silencio administrativo del FOMAG.

Es lo primero advertir que, presentada por la accionante la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales en fecha **MARZO 02 DE 2016**, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, el término de 15 días para resolver la petición vencía el **28 DE MARZO DE 2016**, y la administración profirió el acto administrativo de reconocimiento y pago en fecha **ABRIL 01 DE 2016**, es decir por fuera del término legal.

Así las cosas, dado que el acto por medio del cual se reconocieron las cesantías definitivas a la demandante fue proferido extemporáneamente, el término para que se genere la sanción moratoria se contabilizará de la siguiente manera, de conformidad con lo indicado por el Consejo de Estado: Quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, con que contaba la entidad pública para expedir la correspondiente Resolución, más diez (10) días hábiles atinentes a la ejecutoria del acto administrativo, toda vez que la referida solicitud se presentó en vigencia del CPACA², y, cuarenta y cinco (45) días hábiles transcurridos a partir de la fecha en la que quedó en firme la resolución, para un total de SETENTA (70) DÍAS HÁBILES, pasados los cuales se causa la sanción moratoria.

Visto lo anterior, se tiene que, los 45 días a que se refiere el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se debe contabilizar después de los 15 días hábiles desde la presentación de la solicitud, más 10 días de ejecutoria del acto administrativo, por haberse presentado la solicitud en vigencia del CPACA, es decir que, a partir del **12 DE ABRIL DE 2016**, empieza a correr el término de 45 días para el pago de las cesantías.

Así pues, el término de los referidos 45 días vencía el **16 DE JUNIO DE 2016**, por tanto, en este caso se causó una mora transcurrida entre el **17 DE JUNIO DE 2016** y el **17 DE JULIO DE 2016**, pues el pago efectivo de la cesantía se dio el **18 DE JULIO DE 2016**, tiempo durante el cual es exigible el pago de la sanción por los días de mora:

TÉRMINO	FECHA	CASO CONCRETO
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	02/03/2016	Fecha de reconocimiento: 01/04/2016 Fecha de pago: 18/07/2016 Periodo de mora: 17/06/2016 – 17/07/2016, es decir, 31 días.
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	28/03/2016	
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	11/04/2016	
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	16/06/2016	

² "Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso".

La anterior secuencia fáctica evidencia que, ciertamente el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, incumplió los términos legales establecidos en la Ley 1071 de 2006, y en efecto se generó la sanción moratoria contemplada, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por tanto, le asiste razón a la parte convocante, pues resulta procedente el reconocimiento de dicha sanción por el periodo comprendido entre el **17 DE JUNIO DE 2016** (límite máximo de los 70 días en que legalmente se debía efectuar el pago) y el **17 DE JULIO DE 2016**, pues el pago efectivo de la cesantía se dio en fecha **18 DE JULIO DE 2016**, tal como lo demuestra el comprobante de pago proferido por el banco BBVA; sin perjuicio de la declaración de prescripción a que hubiere lugar.

Es menester resaltar que, el análisis de los días para el reconocimiento y liquidación de la sanción moratoria en relación con los días de retardo, debe realizarse en días calendarios y conforme lo estudió el Consejo de Estado en sentencia de unificación³.

➤ **QUE EL ACUERDO NO RESULTE ABIERTAMENTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO, EL PARTICULAR, NI LA LEY.**

El Consejo de Estado, en sentencia unificadora y por importancia jurídica, en Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Sala Plena Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez - Bogotá, D.C., Abril veintiocho (28) de dos mil catorce (2014) Radicación: 20001233100020090019901 (41.834) ha dicho con respecto a los acuerdos conciliatorios que logren las partes tratándose de los conflictos que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

“(…) sólo están llamados a surtir efectos a partir de la ejecutoria de la aprobación que le imparta la autoridad judicial competente, para cuyo propósito, entre otros presupuestos, debe contarse con las pruebas necesarias, esto es, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corporación, el juez de conocimiento debe tener la certeza de la existencia de una condena contra la Administración en el evento en que, surtiéndose el proceso judicial correspondiente, existiere una decisión definitiva en este sentido.

“(…) así como el juez de lo Contencioso Administrativo debe improbar un acuerdo conciliatorio cuando este resulte lesivo para el patrimonio público, de manera correlativa y en estricto plano de igualdad, también debe proceder de idéntica manera cuando la fórmula de arreglo sea evidentemente lesiva, desequilibrada, desproporcionada o abusiva en contra del particular, afectado por la actuación u omisión del Estado.”

Es por ello necesario, que este despacho realice un análisis a la reclamación efectuada por el convocante:

➤ **RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS DOCENTES.**

La Corte Constitucional, en Sentencia C-928 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Antonio Sierra, señaló que los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe entenderse como un todo, y que en tal sentido no resulta comparable la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquellas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990.

“(…) 3. El régimen especial prestacional del Magisterio.

En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, mediante la cual se 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, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

(…) Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

³ Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), demandante: Jorge Luis Ospina Cardona.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado.

4.1. Líneas jurisprudenciales referentes a regímenes especiales

"(...) De igual manera, en materia prestacional, la Corte ha considerado que el legislador no puede establecer tratamientos discriminatorios entre los diversos trabajadores, como es el caso de la liquidación y pago del auxilio de cesantía. En tal sentido, recientemente esta Corporación en sentencia C-823 de 2006 declaró inexecutable el literal b) del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la medida que exceptuaba a los trabajadores ocasionales del pago del auxilio de cesantía no respondía a una finalidad que pudiera considerarse legítima a la luz de la Constitución.

Ahora bien, en el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad.

En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990".⁴ (Negrilla fuera del texto)

Del precedente jurisprudencial citado, fuerza concluir que los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, el cual debe ser aplicado de manera íntegra, sin que sea dable la aplicación de otros regímenes.

➤ SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – CORTE CONSTITUCIONAL:

La Corte Constitucional, en Sentencia SU-336 de fecha mayo 18 de 2017, unificó su criterio, en cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, así señaló:

"10.3.5. Como se expuso, todas las decisiones de las autoridades judiciales accionadas usaron como argumento que, en tanto el régimen especial de los docentes oficiales no contempla el reconocimiento de la sanción moratoria para ese sector, no era posible aplicar el régimen general que sí consagra esa prerrogativa, por cuanto el régimen especial debe ser aplicado como un todo so pena de crear una tercera regla que tomara partes de ambos regímenes.

Sobre el particular, la Sala considera que aceptar un argumento como el señalado es dar prevalencia a una interpretación que no se acompasa con el concepto de las cesantías y su función social, en tanto acude a la taxatividad de la norma sin profundizar en la naturaleza, funciones y características de los docentes oficiales, sobre una postura que se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes, que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales.

Del mismo modo, y de conformidad con lo explicado en acápites precedentes, tales decisiones: (i) desconocen el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, de los cuales son titulares todos los trabajadores sin distinción alguna; (ii) contrarían el propósito del legislador dirigido a garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de la sanción moratoria para los trabajadores tanto del sector público como del privado, sin distinción; (iii) desconocen que el reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes oficiales es la postura que mejor se adecúa a los postulados constitucionales, porque se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos; (v) olvidan que en virtud del principio de favorabilidad en material laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte ser más beneficiosa para los docentes, en este caso, aplicarles el régimen general de los servidores públicos; y (vi) conducen a la vulneración del derecho a la igualdad en las decisiones judiciales, al proferir sentencias contrarias en casos que se sustentan en los mismos supuestos fácticos.

10.3.6. Es por lo anterior, que la Sala considera que en los casos objeto de estudio se configuró la causal específica de violación directa de la Constitución y, bajo ese entendido, habrá de concederse en amparo invocado por los accionantes.

⁴Sentencia Corte Constitucional C-928-06, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Ahora bien, en cuanto al desconocimiento del precedente constitucional, es preciso señalar que si bien la Corte se había pronunciado desde 2012 en la sentencia C-471 sobre la naturaleza jurídica del régimen prestacional de los docentes oficiales, solo hasta la sentencia C-486 de 2016 refirió de manera específica que la sanción moratoria contenida en el régimen general de servidores públicos les era aplicable a los docentes. Esa sentencia fue proferida con posterioridad a la fecha de las decisiones atacadas en esta oportunidad, por lo que no es posible concluir que existió un desconocimiento del precedente constitucional.

Lo anterior no es óbice para que la Corte en esta oportunidad unifique su postura sobre el particular y concluya que los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no estipulado en el régimen especial, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

10.4. Por todo lo anterior, la Sala procederá a revocar las decisiones proferidas en sede de tutela por el Consejo de Estado, en primera y en segunda instancia, mediante las cuales se negó la protección invocada por los accionantes y, en su lugar, concederá la protección de los derechos a la igualdad en las decisiones judiciales y al debido proceso por violación directa de la Constitución. (...).

En su lugar, ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima proferir en cada uno de los casos estudiados una nueva decisión, mediante la cual acceda a las pretensiones de la demanda y ordene el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, de conformidad con los lineamientos fijados en esta providencia.”

Así las cosas, no existe obstáculo legal para el reconocimiento de la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes, dado que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 incluye a todos los servidores públicos, además, la referida sanción no resulta incompatible con el régimen especial establecido para el reconocimiento de las cesantías de los docentes, ya que no se afectan las condiciones, términos y competencia para el reconocimiento de la referida prestación; ni se menoscaba el derecho de los docentes a esta prestación, razones que conducen a reafirmar la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

➤ SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – CONSEJO DE ESTADO:

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** proferida el 18 de julio de 2018⁵, fijó las siguientes reglas sobre el reconocimiento de la sanción moratoria del personal docente:

[...] PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

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

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁶ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

⁵ Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), demandante: Jorge Luis Ospina Cardona.

⁶ Artículo 69 CPACA.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. [...]» (Negrillas y subrayas del texto original).

Como sustentación para concluir que la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 es extensible a los docentes, la referida providencia, señaló:

“3.1.5. CONCLUSIÓN

(...) 81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales⁷, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995⁸ y 1071 de 2006⁹, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional. [...]» (Negrillas del texto original).

De lo anterior es permisible concluir que si bien la Ley 1071 de 2006 es una norma de carácter general, que regula el pago de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos estableciendo términos para la cancelación de esta prestación, los cuales, de ser incumplidos acarrearán las sanciones pecuniarias determinadas por la ley, pese a que la Ley 91 de 1989 reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, es una norma de carácter especial, que regula el reconocimiento y pago de cesantías en el caso de los docentes, la aplicación de las disposiciones contenidas en el régimen general en lo concerniente a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, no resulta violatorio del principio de inescindibilidad, en la medida que no se está haciendo extensivo el reconocimiento de la enunciada prestación, sino la consecuencia legal establecida frente a la dilación injustificada de un trámite administrativo.

En ese entendido y acogiendo el reciente precedente citado del H. Consejo de Estado en providencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018¹⁰ y lo señalado por la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU-336 de 2017, al verificar que la figura de la “sanción moratoria en el pago tardío de las cesantías”, no es incompatible con la aplicación de régimen especial contemplado para los educadores, el Despacho impartirá la aprobación de la presente conciliación extrajudicial.

➤ EXIGIBILIDAD DE LA SANCIÓN MORATORIA:

El Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹¹, evidenció que, con relación al reconocimiento de la sanción moratoria tanto a docentes del sector oficial, como a la generalidad de los servidores públicos, faltaba por precisar el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas, o se pronuncie de manera tardía.

Contempló dos hipótesis en las cuales se hace exigible la sanción moratoria, esto es, i) Hipótesis de falta de pronunciamiento, o pronunciamiento tardío e ii) Hipótesis de acto escrito que reconoce la cesantía:

“I) HIPÓTESIS DE FALTA DE PRONUNCIAMIENTO, O PRONUNCIAMIENTO TARDÍO.

“(…) [L]a Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas– o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la

⁷ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

⁸ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones»

⁹ «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»

¹⁰ Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), demandante: Jorge Luis Ospina Cardona.

¹¹ Ibidem.

radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹²), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹³) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁴], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁵.

II) HIPÓTESIS DE ACTO ESCRITO QUE RECONOCE LA CESANTÍA.

(...) 97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente¹⁶ en los términos del artículo 67¹⁷ del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, si el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56¹⁸ del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68¹⁹ del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores

¹² «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. [...]

Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

¹³ «Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. [...]

Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹⁴ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...] Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. [...]

¹⁵ «Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.»

¹⁶ Estimándose, que conforme a la ley constituye el acto de enteramiento de la decisión al interesado haciéndole entrega íntegra y formal de una copia del acto definitivo con la indicación de los recursos procedentes, su término y ante qué autoridad se deben interponer.

¹⁷ «Artículo 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.»

¹⁸ «Artículo 56. Notificación electrónica. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.» (negrilla y subraya de la Sala).

¹⁹ «Artículo 68. Citaciones para notificación personal. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del

al recibo de la notificación, correspondía hacerlo **por aviso** remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69²⁰ ibidem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión²¹, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

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

103. Pero qué ocurre cuando el empleador pese a reconocer la cesantía en oportunidad, no notifica el acto conforme las reglas previstas en la ley. Frente a este supuesto, deberá manifestar la Sala que los términos de notificación de los actos administrativos buscan garantizar el principio de publicidad que rige toda la actuación administrativa, estableciéndose como un imperativo para la administración del que no podrá evadirse por ninguna circunstancia, ya que la norma es clara en establecer todos los eventos posibles para que la decisión definitiva sea informada a su peticionario. (Negrillas del Despacho). (...)

106. Entonces, frente a un acto escrito que no se notifique, el inicio del término de ejecutoria pende de la posibilidad de que el peticionario ejerza un acto inequívoco y positivo que denote su conocimiento, en cuyo caso, la notificación ocurrirá por conducta concluyente como cuando interpone el recurso procedente. Pero en su defecto, y entendiendo que para el pago de la cesantía lo que existe es un término expreso para el empleador so pena de constituirlo en mora y generar en su contra una sanción, ese deber ocurre luego de verificar el cumplimiento de otras obligaciones entre ellas, la de notificar el acto de reconocimiento conforme se lo ordena la ley, la cual debió ocurrir por ministerio de la ley a más tardar dentro de los 12 días siguientes a que se expide como pasa a explicarse.

107. En estas condiciones, el cómputo del término de ejecutoria del acto que reconoce la cesantía que no es notificado, diligencia que debe verificarse necesariamente para contabilizar el de pago que es de 45 días, solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio. (...)

110. Podemos concluir así, que el acto de reconocimiento de la cesantía debe notificarse personalmente al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará a computarse el término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley²² para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día en que así lo manifieste.

111. En las mencionadas situaciones, **los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria.** (...)

115. Todo lo explicado, respecto de las normas previstas en el CPACA se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.»

²⁰ «Artículo 69. Notificación por aviso. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.»

²¹ Salvo los actos dictados en audiencia, que se notifican en estrados.

²² Artículos 68 y 69 CPACA. En los supuestos, las diligencias totalizan 12 días.

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ²³	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

➤ PRESCRIPCIÓN.

Es de aclarar que, para el tema de la sanción moratoria se aplica el fenómeno de la prescripción, pues los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación denominada como "cesantías". Así lo contempló el Consejo de Estado²⁴:

"En lo que concierne a la prescripción trienal de carácter laboral, la Sección Segunda en sentencia de unificación, determinó que la norma aplicable es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. El término de prescripción previsto en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se fijó para los derechos en ellos contenidos, dentro de los cuales no se encuentra la sanción moratoria de que trata el artículo 99, ordinal 3.º de la Ley 50 de 1990; criterio que esta subsección estima es aplicable a la indemnización de que trata la Ley 244 de 1995, debido a que tiene un carácter sancionador semejante al de la Ley 50 de 1990 y a que tampoco está contenida en los mencionados decretos. Así las cosas, la sanción moratoria deberá solicitarse a la administración dentro de los tres años a que se hace exigible, so pena de verse afectada por el fenómeno de prescripción."

En pronunciamiento reciente, el Consejo de Estado sostuvo²⁵:

"¿Es aplicable la prescripción a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y operó dicho fenómeno en el presente asunto?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Si hay prescripción de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, y en el presente caso se configura respecto de las porciones de sanción que se causaron con anterioridad al 12 de abril de 2009, como a continuación pasa a indicarse.

El fenómeno de la prescripción es aquel en el que en el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo.

La prescripción extintiva hace relación al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

²³ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01339-01(1457-15).

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00454-01(0378-15). Actor: LUCY ARTEAGA ORTIZ, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima.

Ahora, si bien es cierto que en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no se consagró expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, ello no quiere decir que esta es imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.²⁶

Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto del derecho laboral que aquí se reclama, por analogía se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral²⁷, así se explicó en la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado CE-SUJ004 de 2016 (...) ²⁸

De lo anterior se colige, que en los casos de la sanción moratoria de que trata la ley 244 de 1995, debe aplicarse la prescripción trienal, por lo que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral en su artículo 151, toda vez que la sanción moratoria no se encuentra contenida ni en el decreto 3135 de 1968, ni en el 1848 de 1969.

Así las cosas, se tiene lo siguiente:

- El periodo de mora causado es del **17 DE JUNIO DE 2016**, hasta el **17 DE JULIO DE 2016**.
- La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, el **04 DE MARZO DE 2019** (fls. 17-18).

En atención a los presupuestos fácticos indicados, se evidencia que en el presente asunto no se configura la prescripción, pues el período de mora, no sobrepasa los tres años anteriores a la presentación del derecho de petición, por medio del cual, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante el pago tardío de sus cesantías parciales.

➤ CON RELACIÓN A LA CONCILIACIÓN

Ha sostenido el H. Consejo de Estado en sentencia de la sección segunda, subsección B, de fecha 14 de junio de 2012, en la que manifestó:

"En el campo del derecho administrativo laboral, la Constitución Política establece la facultad de conciliación únicamente sobre derechos inciertos y discutibles, así como la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (arts. 48 y 53 de la CP). El derecho fundamental a la seguridad social es irrenunciable por expresa disposición del artículo 48, por tanto no tiene efectos la conciliación en la que se renuncie al derecho a la pensión. De igual manera son irrenunciables los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (art. 53 CP), principio que refleja la protección constitucional brindada al trabajo tal como se observa en el artículo 2 de la Constitución Política."

➤ INDEXACIÓN

Sobre el particular es pertinente citar los principales argumentos de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 el 18 de julio de 2018 en punto a la improcedencia de la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en el caso de los docentes; aspecto sobre el cual sentó precedente, así:

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

187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. [...]"

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA. [...]" (Negrilla del Despacho).

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016 de fecha 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo.

²⁷ «[...] Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual. [...]"

²⁸ Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016 de fecha 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo.

Por consiguiente, en razón a que la indemnización moratoria constituye una penalidad ante el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías, no tiene la connotación de una prestación laboral, luego no está sujeta a una actualización monetaria.

Debe decirse además que, el Consejo de Estado en sentencia de fecha agosto 26 de 2019²⁹, precisó lo siguiente con respecto a la indexación y al ajuste a valor de la condena eventual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA:

"De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. B) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA."

Así las cosas, como quiera que la propuesta de conciliación planteada versa sobre el 90% por el valor total de los días de mora; pero no se reconoció suma alguna por indexación, y la misma se adecúa a los parámetros establecidos en el precedente jurisprudencial transcrito, se tendrá por cumplido este requisito.

Teniendo en cuenta que el presente acuerdo se llevó a efecto sobre obligaciones susceptibles de conciliar, fundándose en objeto y causa lícita, sin vicios en el consentimiento de las partes, sin que con él se hayan lesionado los intereses del Estado, del particular o del patrimonio público, con base en pruebas idóneas y suficientes, con apego a la normatividad vigente y sin que haya operado el fenómeno de la caducidad y/o prescripción, tenemos razones más que suficientes para que este Despacho lo apruebe en su integridad.

El acuerdo tendrá efectos de cosa juzgada, en cuanto a los aspectos que fueron objeto del mismo, ya debidamente delimitados.

III. DECISIÓN

En consecuencia, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Santiago de Cali,

RESUELVE

PRIMERO.- Aprobar el acuerdo conciliatorio extrajudicial logrado entre la señora Claudia Patricia Zúñiga Osorio identificada con cédula de ciudadanía No. 66.925.285 y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales, en audiencia de conciliación adelantada ante la Procuraduría 59 Judicial I para asuntos Administrativos de Cali (V), consignado en el acta con radicación No. 16808 del 10 de julio de 2019 y celebrada el 8 de octubre de 2019, por un valor de dos millones novecientos noventa y tres mil novecientos veintinueve pesos (\$2.993.929), el cual tiene efectos de cosa juzgada.

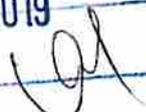
SEGUNDO.- Póngase en conocimiento a la Procuradora 58 Judicial I para Asuntos Administrativos delegada ante este Despacho y la Procuraduría 59 Judicial I para Asuntos Administrativos de Cali (V), lo decidido.

TERCERO.- En firme la presente providencia expídase copia auténtica del acta de conciliación celebrada el 8 de octubre de 2019, ante la Procuraduría 58 Judicial I para Asuntos Administrativos de Cali (V), de los poderes y de esta providencia con la constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2 del artículo 114 del Código General de Proceso, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 640 de 2001

CUARTO.- Una vez dado cumplimiento a las órdenes aquí establecidas, procédase al archivo de la actuación, previo registro en el sistema justicia siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase,


MÓNICA LONDOÑO FORERO
Juez

NOTIFICACION POR ESTADO
En auto anterior No. 0092
Estado No. 0092
De 04 DIC 2019
LA SECRETARIA, 

²⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 03 DIC 2019

Auto Interlocutorio No. **1027**

Proceso No.: 76001-33-33-008-2018-00198-00
Demandante: Lesley Vanessa Castro Cuero
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral

Revisada la solicitud de medida provisional presentada por la parte demandante, procede este Despacho Judicial a resolver su procedencia conforme a las siguientes consideraciones.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de la Medida Cautelar.

El Apoderado Judicial de la parte demandante en el acápite del escrito de demanda¹, en los términos de los artículos 230 y 238 del CPACA; solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del siguiente acto administrativo:

- ✓ Resolución No. 00684 del 14 de febrero de 2018, por medio del cual se retiró a la demandante del servicio activo, por causal de disminución de la capacidad psicofísica.

1.2. Fundamento de la solicitud de la medida cautelar.

Teniendo en cuenta que la solicitud de medida cautelar no fue presentada en escrito separado, se entiende que el apoderado de la parte actora fundamenta su solicitud en los argumentos expuestos dentro del acápite denominado "FUNDAMENTOS PARA LA MEDIDA CAUTELAR"², que pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

"(...) El Tribunal médico Laboral Militar y de Policía sin contar con la competencia legal para ello, emite un concepto de no idoneidad profesional, valoración contraria a la realidad académica de la Patrullera LESLEY VANESSA CASTRO CUERO, y de su experiencia.

También es contrario a la realidad el concepto médico respecto a su situación mental, actuaciones que transgredieron la norma superior, dado que a ellos solo les compete realizar actos dentro del mercado de la ley, a su vez dichos actos provocaron la violación de mi prohijada al derecho al trabajo, al mínimo vital y estabilidad laboral reforzada protegidos por la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El Tribunal Médico soporta la decisión en exámenes que no existen y está al margen de lo que precede los exámenes especialistas, además se ha extralimitado en sus funciones toda vez que ellos no tienen competencia de definir habilidades laborales en la policía, si es o no reubicable, dado que su competencia es en relación con la medicina no con asuntos de competencias laborales, de instrucción o administrativas dentro de la institución, toda vez que dicha premisa debe ser definida por la misma institución, situación ordenada en reiterados pronunciamientos por la Honorable Corte Constitucional entre otras en la sentencia T-1048/12 y C-381-05 de 12 de abril de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño de obligatorio cumplimiento."

1.3. Posición de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, respecto de la medida cautelar solicitada³.

Para el término del traslado de que trata el artículo 233 inciso 2º de la Ley 1437 de 2011, deberá entenderse notificado por conducta concluyente, la entidad demandada, toda vez que allega memorial mediante el cual aduce que:

La administración es decir la Policía Nacional, si cumplió con las imposiciones legales para materializar el retiro con fundamento en la causal invocada, aplicando el procedimiento legal que actualmente rige estas actuaciones, razón por la cual, se puede afirmar con grado de certeza y contundencia que en dicho trámite no se violó ni el derecho a la defensa, ni el debido proceso, ni ninguna otra garantía constitucional y legal de la demandante.

¹ Visible a folio 14 del expediente.

² Visible a folios 16 del expediente.

³ Visible a folio 246 del expediente.

Solicita se sirva negar la solicitud de medida cautelar, toda vez que el acto administrativo que se ataca fue expedido por la autoridad competente, cumpliendo los requisitos de ley y sus fundamentos jurídicos son conforme a derecho, sin que la actora tenga derecho a lo solicitado por ende teniendo en cuenta que el acto administrativo carece de vicios que genere su nulidad o la suspensión del mismo mientras se adelanta el presente proceso.

CONSIDERACIONES

La Ley 1437 de 2011, dispuso un capítulo exclusivo de medidas cautelares, señalándose en el mismo la competencia para decretar o negar las medidas cautelares en cabeza del juez. El artículo 229 del CPACA prevé:

"Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten 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.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento (...)"

Asimismo el artículo 230 ibídem señala:

"Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)"

De igual manera cabe destacar, que para decretar la medida cautelar necesariamente deben encontrarse acreditados los siguientes requisitos:

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

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

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios."

Sobre este tema, el Consejo de Estado en providencia del 04 de octubre de 2012, expediente 2012-00043-00, precisó lo siguiente:

"...La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: 1°) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal –cuando el proceso apenas comienza–, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. 2°) La medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el

mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1°) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) estudie las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" (del latín surgere), significa aparecer, manifestarse, brotar.

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el C.P.A.C.A. de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior C.C.A. –Decreto 01 de 1984–, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera manifiesta, apreciada por confrontación directa con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones "manifiesta" y "confrontación directa" contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio, pues la transgresión por el acto de las normas en que deberla fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer prima facie, esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Aunque la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del C.P.A.C.A. (Capítulo XI Medidas Cautelares –procedencia), conforme al cual "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba".

La misma Corporación en providencia del 16 de mayo de 2014, expresó:

"(...) en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la "manifiesta infracción" hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que "la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud".

"(...)2. Requisitos para decretar la suspensión provisional de actuaciones administrativas.- La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que era la única medida cautelar en el CCA, continuó en el CPACA. En efecto:

2.1.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

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

2.3.- Ahora bien, el Código ha establecido que la medida de suspensión de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

2.4.- El CPACA define un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en acciones de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del derecho– y define de forma general los requerimientos que debe hacer el Juez en los demás eventos. En efecto el inciso primero del Artículo 231 del CPACA, ordena:

"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".

Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de "una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto". Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la "manifiesta infracción" hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que "la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud".⁴. (Se destaca).

Conforme a lo expuesto, es claro que la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal – cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Como se puede observar, la medida cautelar de suspensión provisional es una actuación de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden de forma previa los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger el ordenamiento jurídico que se puede ver conculcado con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona a fin de precaver de una vez los efectos nocivos del mismo y salvaguardar los de la sentencia⁵.

De esta manera, lo que pretendió la Ley 1437 de 2011, con la figura de la suspensión provisional, fue que el Juez pudiera realizar el estudio de la procedencia de la violación normativa alegada, realizando un análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, así como poder estudiar las pruebas allegadas con la solicitud de suspensión provisional.

CASO CONCRETO

Bajo el marco normativo y conceptual antes señalado, debemos entrar a analizar si en el sub judice resulta procedente decretar la medida cautelar solicitada, verificando los presupuestos señalados en el CPACA, así:

1.- Suspensión de los efectos del acto administrativo procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado.

Al respecto, observa el Despacho que la parte actora presentó mediante el escrito de la demanda un acápite especial denominado "SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL", en el cual se refiere que, solicita como medida la suspensión provisional, en especial, de los efectos de la Resolución No. 0684 de febrero 14 de 2018, frente a la demandante LESLEY VANESSA CASTRO; encontrándose a su vez un acápite de: "FUNDAMENTOS PARA LA MEDIDA CAUTELAR", el cual se refiere de manera expresa y específica a las disposiciones legales violadas, visible a folios 14-19 del expediente, por lo que el requisito de la referencia se dará por satisfecho.

2. Caución.

La preceptiva consagrada en el artículo 232 del CPACA, establece que, no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, razón por la cual, no se exige prestar caución en el presente asunto.

3.- Que la 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

ACTOS ADMINISTRATIVOS OBJETO DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL	NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS
- Resolución No. 00684 del 14 de febrero de 2018	Art. 238 C.N Artículo 55 del Decreto 1791 de 2000 Sentencia c-381-05

En síntesis, la infracción legal que se aduce dentro del contenido del libelo introductorio, es un sinnúmero de aristas que tienen que ver, con el retiro de una policial, realizándose un somero reproche frente las decisiones médico militar-policial.

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000 contempla como causal de retiro de la Policía Nacional la disminución de la capacidad sicofísica.

4 Consejo de Estado, Sección Primera, radicación No. 11001-03-24-000-2013-00441-00 del 16 de mayo de 2014, Consejero Ponente Dr. Guillermo Vargas Ayala.

5 Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección 3a; Subsección "C" C.P. Enrique Gil Botero; providencia del 19/05/11; Rad. 11001-03-26-000-2011-00021-00(40796) Rad. 20001-33-33-006-2012-00273-00.

Dicha disposición tiene el propósito de que la Policía cuente en sus filas con personal idóneo para lograr un cabal y efectivo cumplimiento de su cometido constitucional.⁶

No obstante, se alega en el *sub-lite* que la entidad demandada actuó de manera errónea en el cálculo de su discapacidad laboral, que precipitó presuntamente el retiro injustificado del servicio.

Conocido es que, el porcentaje de disminución de capacidad laboral fijado, es de 37.22% y que dichas autoridades médicas, decidieron clasificar las lesiones de 1. Trauma de rodilla izquierda con lesión ligamentaria manejo quirúrgico con reconstrucción de ligamento cruzado anterior con leve limitación funcional 2. Discopatía degenerativa, secuela lumbalgia crónica y 3. Trastorno ansioso depresivo controlado, en calificación a la capacidad para el servicio como INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL, como NO APTA PARA ACTIVIDAD POLICIAL, sin recomendación para la reubicación laboral. (Fls.42-44 y 59-65)

En cuanto a la reubicación, vale rescatar del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía lo siguiente:

"Respecto de recomendación de reubicación laboral esta Instancia evidencia y considera que las secuelas que presenta la calificada le impiden desarrollar la laboral para la cual fue incorporada a la institución, toda vez que la patología mental que presente, le impide permanecer en este tipo de instituciones que genera estresores que pueden agravar su patología; además, el permanecer en un medio jerarquizado, en donde tiene acceso a armamento puede generar un riesgo para su salud, sus compañeros y para la comunidad que legalmente está llamado a proteger y hacen que médica y legalmente no sea viable la misma. De otra parte, no cuenta con capacitaciones de formación laboral ni académica que le otorguen aptitud ocupacional (Decreto 4904/09) aunado al poco tiempo en la Institución que no le da experiencia suficiente. Es necesario manifestar por parte de esta instancia que cuando hay una afección psiquiátrica se considera desde el punto de vista médico. Que aun en laborales administrativas, reubicar laboralmente a la paciente es un acto irresponsable que puede generar indefinidas consecuencias ante una reacción sorpresiva propia de estas enfermedades. En consecuencia, no se recomienda la reubicación laboral de la calificada"

De allí, resulta claro que las valoraciones psicofísicas deben hacerlas los especialistas a través de los medios legales para fines laborales⁷.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"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..."⁸

Respecto del caso específico de los policías y de las fuerzas militares la Corte Constitucional en su sentencia C-381 de 2005 determinó que para que sea constitucional la desvinculación con motivo de la disminución de su capacidad psicofísica, solo podrá realizarse "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".

Analizado el caso concreto, se observa que el quebranto normativo alegado por la actora se apoya en hechos que son menester dilucidarlos en la correspondiente oportunidad procesal. El incumplimiento, o no, de las normas que se señalan como quebrantadas no pueden establecerse en esta etapa del proceso a la luz de los elementos de juicio allegados por la parte demandante, por una parte, y por la otra, no es suficiente por el momento la mera confrontación de normas.

Si bien es cierto, la demandante es una persona en condición de discapacidad, y por esta situación tiene derecho a un trato diferencial en razón al principio de estabilidad reforzada, no es menos cierto que, la reubicación debe ser fruto de una valoración seria realizada por un órgano competente, en este caso por la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa, los cuales consideraron que no era procedente la reubicación debido a que su condición psicofísica le impedía desarrollar su función de policía.

En gracia de discusión debía probar la parte actora, al menos en ésta etapa, a través de otra entidad competente, la pérdida de capacidad laboral, para enrostrar así una indebida calificación, situación que echa de menos el Despacho, llevando a que, las conclusiones esbozadas por los órganos competentes al analizar las condiciones psicofísicas de la demandante que descartan la reubicación, se presuman legales, debiendo desestimarse las conclusiones fácticas que considera el apoderado judicial de la parte actora acaecidas en el presente proceso.

En efecto, resulta forzoso dilucidar la supuesta indebida valoración de su capacidad psicofísica, y ello sólo es posible, una vez analizadas las pruebas allegadas al proceso por ambas partes.

⁶ Sentencia c-381 de 2005

⁷ Artículo 17 del Decreto 1769 de 2000.

⁸ Consejo de Estado Sentencia de 28 de junio de 2007, radicado No. 0470-2005, actor: Edilberto Morón Arrieta contra la Policía Nacional. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

En este entendido, la parte demandante pretende además del material probatorio allegado, sea decretada una prueba testimonial, y según su escrito, la afectación de todos sus derechos. Elementos que de ser procedentes, conducentes y pertinentes, deberán ser atendidos en la correspondiente etapa, a fin de generar un análisis más crítico de los elementos probatorios *ab initio*, y llegar así, al convencimiento de la decisión de fondo que se adopte.

Frente a lo anterior, es oportuno recurrir a la sentencia de la Sección Quinta (5ª) del Consejo de Estado, pues en ella se resalta uno de los principios que debe observar el juez, cuando realice el estudio sobre la pertinencia o no de decretar la medida cautelar, veamos:

*"Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares-procedencia), conforme al cual: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (...), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba."*⁹

De conformidad con lo mencionado, a pesar que en esta etapa procesal se le permite al juez realizar un análisis de los argumentos expuestos por la demandante y contrastarlos con las normas que aduce vulneradas e inclusive examinar pruebas obrantes en el expediente para decidir la solicitud de suspensión provisional, no puede tampoco el juzgador, adelantar juicios de valor sin tener los elementos probatorios necesarios en esta etapa procesal, de ser así conllevaría en esta etapa imberbe del proceso, a sacar conclusiones determinantes con las que prácticamente perfilaría su decisión final, cuando aún falta agotar etapas tan importantes como la probatoria y la de alegaciones finales.

Por tanto, el escenario propio para definir si existe o no la nulidad que se invoca y como consecuencia se logre la pensión de invalidez o en su defecto, el reintegro al servicio, deberá estar anticipado del examen armónico y coordinado de la normatividad, así como de un riguroso análisis de los de medios probatorios, el cual se verá reflejado de ser procedente en la sentencia con la cual se finalice el proceso.

Dadas las anteriores circunstancias, se negará la suspensión provisional solicitada por la parte demandante, pues será en la sentencia en donde se defina si el acto administrativo el cual pretende suspender provisionalmente, debe retirarse del ordenamiento jurídico, por ser violatorio de normas superiores.

La anterior decisión no implica prejuzgamiento y se reitera, que el presente proveído no será una limitante para interpretar o concluir algo diferente al momento de desatar de fondo el asunto, si a ello hubiere lugar.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la medida de suspensión provisional en cuanto a la Resolución No. 00684 del 14 de febrero de 2018, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, continúese con el trámite del presente proceso

Notifíquese y Cúmplase.


MONICA LONDOÑO FORERO
Juez

NOTIFICACION POR ESTADO
En auto anterior se notificó el 0092
Estado No. 04-DIC-2019
De _____
LA SECRETARIA, _____

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta (5ª). Bogotá, trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012). Radicado número: 11001-03-28-000-2012-00042-00. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 03 DIC 2019

Auto de Sustanciación N° **1123**

Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante:	JOSÉ ALEJANDRO JIMÉNEZ
Demandado:	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y CALISALUD EPS LIQUIDADADA
Llamado en garantía:	LA PREVISORA SA.
Radicado No:	76001-33-33-008-2012-00194-00

En vista de los informes secretariales que anteceden, este Despacho,

RESUELVE:

1. TENER por contestada la demanda por parte de la entidad demandada – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y de la llamada en garantía – LA PREVISORA SA.
2. TENER por NO contestada la demanda por parte de la entidad demandada – CALISALUD EPS LIQUIDADADA.
3. RECONOCER personería al Dr. CARLOS ARIEL PATIÑO MOYA, identificado con CC No. 16377295 y portador de la tarjeta profesional No. 238045 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la parte demandada – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, en los términos del poder aportado al expediente.
4. ACEPTAR la renuncia de poder presentada por el Dra. Dr. CARLOS ARIEL PATIÑO MOYA, identificado con CC No. 16377295 y portador de la tarjeta profesional No. 238045 del Consejo Superior de la Judicatura, quien fungía como apoderado de la entidad demandada – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
5. RECONOCER personería a la Dra. DIANA SANCLEMENTE TORRES, identificada con CC No. 38864811 y portadora de la tarjeta profesional No. 44379 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la llamada en garantía – LA PREVISORA SA., en los términos del poder aportado al expediente.
6. SEÑALAR la hora de las 02:00 pm del día 11-12-2019 para que tenga lugar la Audiencia Inicial, establecida en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Advirtiéndole a las partes sobre las consecuencias procesales por su inasistencia a dicha audiencia, establecidas en el numeral 4 del artículo 180 del CPACA.

Notifíquese,

Mónica Londoño Forero
MÓNICA LONDOÑO FORERO
Juez

NOTIFICACION POR ESTADO
En auto anterior al No. 1123
Estado No. 0092
De 04 DIC 2019
LA SECRETARIA. *CF*