

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Radicación N° : **17001-33-33-001-2019-00427**
Medio de control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Franciny Vargas Sánchez.**
Demandado : **Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**
Asunto : **Sentencia primera instancia N° 269**

El juzgado proferirá sentencia en el proceso referenciado, conforme lo establecen el último inciso del artículo 181 del CPACA, en concordancia con el artículo 14 del decreto 806 de junio de 2020.

1. ANTECEDENTES

1.1 LOS HECHOS:

Admiten como resumen, que la parte demandante arriba referida, en su condición de docente oficial con afiliación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante FOMAG o FNPSM), administrado por el Ministerio de Educación Nacional, solicitó ante la Secretaría de Educación del ente territorial en el cual labora, el reconocimiento de sus cesantías, y pasado el término legal para que el pago de la prestación se realizara, el FOMAG no lo hizo, por lo que tiene, afirma, derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006; elevó solicitud en tal sentido ante la misma dependencia para que le fuera reconocida esa sanción en su favor, pero la entidad se negó a hacerlo mediante el acto administrativo demandado.

Recuerda que en cumplimiento de sus obligaciones, el FNPSM, a través del ente territorial expidió después de quince (15) días que lealmente tiene para resolver el reconocimiento prestacional, la resolución 765 del 07/12/2016, (en ella consta que la petición de reconocimiento de cesantías fue radicada el 18/10/2016).

La cesantía reconocida se ha debido pagar al cabo de 70 días de presentada la solicitud.

1.2 LAS PRETENSIONES:

Las hizo consistir en que se declare la nulidad del acto administrativo presunto, derivado de la petición presentada el 29/06/2018, por el cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, al no haberse cancelado a la parte accionante, oportunamente, las cesantías reconocidas.

Como consecuencia, pidió, que se ordene el pago de la sanción moratoria, indexando su valor, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de dicha prestación, por un total de 67 días.

1.3 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según constancia secretarial del 05/03/2020, el M.E.N. no contestó la demanda, ni propuso defensas en su favor.

1.4 LAS PRUEBAS RELEVANTES

Obran en el expediente como pruebas documentales (i) copia de la resolución mediante la cual se reconoció la cesantía a la parte demandante; (ii) constancia sobre el pago de la prestación económica y su disponibilidad en favor del demandante; (iii) la petición realizada a la entidad para el reconocimiento de la sanción moratoria, de la cual se afirmó no haber sido resuelta, (iv) y certificado de salarios devengados durante la causación de la mora.

1.5 TRÁMITE PROCESAL Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Admitida la demanda y notificado dicho pronunciamiento a todos los sujetos procesales que debían enterarse, el trámite se adecuó a las modificaciones dispuestas por el Decreto 806 de 2020, se corrió en consecuencia traslado para

alegar de conclusión, habida cuenta que en el presente proceso no se hacía necesario el decreto y práctica de pruebas diferentes a las que ya obran en el expediente, y por cuanto el asunto que debe resolver el juzgado atañe a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que rigen la situación planteada en la demanda, y de conformidad con la jurisprudencia que sobre la problemática que envuelve el asunto se ha dictado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

La PARTE ACTORA insistió en los argumentos de la demanda, citando nuevamente normas y jurisprudencia aplicable al caso, y finalmente dijo que la fecha de retiro de las cesantías obedeció no a su voluntad sino a que esa fue la fecha en que se enteró de su disponibilidad. La apoderada del Ministerio de Educación Nacional, doctora Vera Cabrales Soto, a quien desde ya se le reconoce personería para actuar, conforme a la sustitución que le hiciera el apoderado general de la entidad. Ahora, aunque admitió que para el C.E. y la Corte Constitucional, la sanción se causa en favor de los docentes oficiales, pero insiste en la no aplicación de la Ley 1071 a este tipo de servidores. Presenta cuadro explicativo de las fechas de los hechos del caso concreto, pero confunde los conceptos de la cesantía con la misma sanción que genera su pago tardío. Solicitó que no se condene a la Fiduprevisora por cuanto la mora que se estudia se causó por la actuación del ente territorial, Además cita el parágrafo del Artículo 57 de la Ley 1955 y la Fiduprevisora no tiene presupuesto para el pago de dichos dineros. Expone las razones por las cuales considera que no se debe acceder a la indexación y de otra parte, con hizo un breve análisis normativo sobre las costas procesales y citó un apartado de una sentencia del C.E. sobre que el fallador debe valorar la conducta de las partes para condenar por este aspecto. Pidió que de acogerse las pretensiones no se hiciera condena en costas.

2. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

2.1 PRESUPUESTOS PROCESALES.

El Despacho verificó el cumplimiento de los presupuestos para el adelantamiento válido del proceso y al efecto constató que se cumplen con todos ellos según los requisitos que se establecen en el CPACA, pues quien acciona es mayor de edad y por ende tiene capacidad para ser parte y comparecer al proceso, la demandada es persona jurídica de derecho público, y al estar representada el delegatario de quien

para su momento se desempeñaba como Ministra de Educación Nacional, se satisface también los requisitos de capacidad para ambos efectos acabados de anotar; el auto admisorio de la demanda se notificó adecuada y oportunamente a la accionada, al Ministerio Público y demás sujetos procesales que deben intervenir en estas actuaciones, además, este juez es competente para fallar el proceso en primera instancia y, finalmente, no se observó algún vicio que obligue retrotraer lo actuado hasta el momento; las decisiones que se han proferido en el trámite se han notificado oportuna y adecuadamente, y ningún sujeto procesal ha solicitado la adopción de medidas de saneamiento en sus pronunciamientos, y por lo tanto cualquier irregularidad en que se hubiere podido incurrir se entiende saneada..

2.2 TEMA CENTRAL:

En el proceso se debate la nulidad del acto administrativo citado en el punto 1.2 por medio del cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de su vocero o la autoridad que en su nombre actúa, se negó acceder al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, al no haberse pagado a la parte convocante, oportunamente, las cesantías reconocidas.

Teniendo en cuenta que el debate jurídico gira en torno a la legalidad del acto demandado, que negó reconocer la sanción moratoria, los siguientes interrogantes encierran los problemas jurídicos a resolverse:

1. ¿Hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial, con fundamento en la ley 1071 de 2006?
2. ¿En el caso concreto, el FOMAG canceló las cesantías reconocidas a la parte aquí accionante por fuera de los términos a que legalmente estaba obligado, según interpreta la jurisprudencia del Consejo de Estado este asunto?
3. ¿Debe ser indexado el dinero causado por sanción moratoria que deba pagarse al servidor público al que no le pagan oportunamente las cesantías?

2.3 ANÁLISIS.

2.3.1 Para responder a los interrogantes planteados se hará una brevísima alusión a la vigente jurisprudencia que se ha proferido en la materia por el

Consejo de Estado, que a su vez cita a la Corte Constitucional, y desde luego, se apoyará este juzgador en las normas aplicables al caso concreto.

Para el efecto, el juzgado estima innecesario seguir esbozando extensos y reiterativos argumentos que, tanto este funcionario como los demás que hacen parte de este distrito judicial, han expuesto sobre la causación de la sanción moratoria que nos ocupa, y que se respaldan en las pacíficas posiciones fijadas por todas las Salas del Tribunal Administrativo de Caldas, y en la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre la materia del 18 de julio de 2018, que concluyó tajantemente¹:

(...)

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, 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 Constitucional².

(...)

Ahora, también se tiene dilucidado ampliamente, que se causa la sanción por mora en el pago de las cesantías luego de transcurridos los quince días que tiene la entidad para resolver la petición del pago de las mismas, los cuarenta y cinco días que la norma fija como plazo que tiene a la entidad pagadora para cancelar la prestación, más el tiempo que debe transcurrir para que el acto administrativo que reconoce la cesantía quede en firme, todo ello a la luz de la sentencia de La Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, cuyo entendimiento en este proceso debe ser ajustado a (i) el contenido normativo del artículo 76 de la ley 1437, según el cual la firmeza del acto administrativo se alcanza pasados 10 días desde su notificación, (ii) a la fecha de la solicitud de reconocimiento de la cesantía, y (iii) si hubo renuncia a términos para interponer recursos por parte del docente, frente al acto liquidatorio de la prestación reconocida, que produjera efectos prácticos. Por otra parte, para este juzgado la disponibilidad de dineros en el banco para el retiro por la parte interesada no se constituyen en un acto administrativo que deba ser comunicado o notificado por cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento jurídico, ya que justamente este a través del decreto 2831 de 2005 en su artículo 2 parte final dispone que la Sociedad Fiduciaria cuente con un sistema de radicación único que permita a los solicitantes conocer el estado de su trámite, lo que de contera

impone al docente reclamante de la cesantía la carga de informarse en dicho sistema sobre la disponibilidad del dinero.

2.3.2 Y para el conteo de la cantidad de días que se causa la sanción moratoria, el despacho se atiene a las reglas fijadas por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018 ya referida, en el expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) M.P. Dra Sandra Lizeth Ibarra, en la que fijó estas pautas:

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 ley 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.

Finalmente, como la sanción moratoria surge por cada día de retardo, es decir, que la misma se causa día tras día, hasta que se cancelen las cesantías es procedente aplicar en los presentes casos la prescripción trienal, en caso de configurarse, pero en la misma medida en que transcurre el término prescriptivo para cada día de la sanción.

2.3.4 EN CUANTO A LA INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

La sección segunda, subsección B, con ponencia de la Dra. Sandra Lizeth Ibarra Vélez en sentencia del treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00699-01(2079-16) señaló:

33. Finalmente, en lo concerniente a la indexación de la sanción moratoria solicitada por el actor, es preciso señalar que la Sección Segunda en Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, sentó su jurisprudencia para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, al considerar que las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, por ende, es inviable su indexación porque con ello se estaría

ante doble castigo por la misma causa, tal como lo argumentó la entidad demandada al alegar de conclusión.

Sin embargo, en este sentido, también se encuentra una providencia del 26 de agosto del año 2019 con ponencia del Consejero William Hernández Gómez que le dio un alcance diferente a la indexación acogiendo una postura diversa. En esta sentencia dijo:

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es lo siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día 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 la que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia –art. 187- y c) una vez quede ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto por los artículos 192 y 195.

Como puede verse, esta posición no ha resultado pacífica entre las subsecciones del Consejo de Estado, pues la Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00084-01(1274-16) dijo:

La Sala considera que en el caso bajo estudio no es procedente ordenar que los valores de la condena sean actualizados, toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica.

En este sentido el Despacho advierte que en anteriores providencias de hace más de dos años acogía la postura de no conceder el reconocimiento de la indexación, sin embargo, ya en procesos más recientes se había variado la posición porque afirmaba el juzgado que se consideraba justo y equitativo acogerse a la postura que accedía a la indexación desde el día siguiente a la prestación reclamada por el docente hasta el momento en el que queda ejecutoriada la sentencia y de allí en adelante se reconocerían los intereses prescritos en los artículos 192 y 195 del CPACA, todo basado en la providencia del 26 de agosto de 2019 de la Alta Corporación.

Ya para este año, la Corte Constitucional abordó este aspecto en la sentencia de unificación SU 041 del 6 de Febrero de 2020, explicando y rememorando lo que antes había analizado, así:

(...) la sanción moratoria (...) no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa

que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo..

Por último, vale resaltar que en esta sentencia la Corte concluyó que el parágrafo que consagra un término de gracia se aplica a todas las cesantías definitivas atrasadas, y no únicamente a aquellas liquidadas o solicitadas antes de la vigencia de la ley. Esa interpretación no sólo se adecua al propio tenor literal del parágrafo - que no distingue en este aspecto- sino que también permite armonizar su sentido con lo dispuesto por el inciso segundo del mismo artículo 3º, pues simplemente la ley está ordenando a los funcionarios pagar lo más rápido posible pero de acuerdo al orden de radicación de las solicitudes, cuyo respeto, en nombre de la igualdad, fue precisamente una de las razones invocadas para la expedición de la ley.

Esta posición es la que se adopta a partir de la fecha por este juzgado, ya que al tratarse de una sentencia de unificación, es de obligatorio acatamiento, y, en consecuencia, se debe nuevamente recoger el criterio que se hasta hoy aplicaba este funcionario, de indexar los valores causados por sanción moratoria según se dejó expuesto en la sentencia del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2019.

En conclusión, no se accederá a las pretensiones de indexación de los dineros que eventualmente deba cancelar la demandada por concepto de sanción moratoria, en apego a la posición fijada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 041 de 2020.

3. DEL CASO CONCRETO

Primeramente, se advierte con vista en la fecha de la solicitud de la prestación - el 18/10/2016, que el FNPSM resolvió la petición de cesantías 27 días después de haberla debido expedir. Como la resolución que las reconoció debió haber sido proferida el 10/11/2016, ya que la entidad contaba con un término de 15 días para pronunciarse al respecto, el FNPSM contaba con 70 días para producir su cancelación, en aplicación de las reglas citadas en el punto 2.3.2.

De otra parte, dicho fondo debió saldar la su obligación el 31/01/2017, y el pago tan solo se produjo el 27/03/2017, todo lo cual se afirma con base en las pruebas anejas al escrito introductor, que respaldan los hechos que encuentra probados el juzgado, ya que los documentos no fueron desconocidos ni tachados de falsos; por lo que queda claro que se generaron **53 días** de mora. Así, pasa el juzgado a decidir sobre las pretensiones.

3.1 DE LA NULIDAD: De una parte, SI hay lugar a declarar la nulidad del acto presunto, derivado de la petición presentada el 29/06/2018, por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

3.2 SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: Como consecuencia del pronunciamiento anterior, este juzgador resolverá acceder a las pretensiones de la demanda, con las precisiones que en esta sentencia se determinan.

4. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

El juzgado no halla ninguna que deba declarar oficiosamente y la parte accionada no presentó.

5. SOBRE LAS COSTAS.

Varias discusiones se presentan con respecto a este tema de la condena en costas: una alude a si en los artículos 188 del CPACA y 365 y siguientes del CGP se impone un criterio objetivo o uno subjetivo al momento de resolver tal condena.

En providencia del 19 de mayo de dos mil dieciséis (2016) la Sección 2a del C. E. recordó que en sentencia del 7 de abril de 2016 en el proceso Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez., respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, había concluido que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la regulación de la condena en costas, de un criterio “subjetivo” a uno “objetivo valorativo” y explicó entonces:

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se “dispondrá” sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del CGP; y **valorativo**, en cuanto se requiere que el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes. (Negrita fuera de texto).

El artículo 188 del CPACA dice que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, **la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.** Por su parte el C.G.P. contiene las siguientes reglas para la condena y liquidación:

ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Quienes optan por no condenar en costas deducen que en el expediente no se demuestra su causación en cuanto al aspecto de los gastos procesales, y más aún no ven la causación de las agencias en derecho. Valga por muchos casos la citación de reciente pronunciamiento de la máxima corporación de nuestra jurisdicción en el radicado: 05001-23-33-000-2013-01177-01 (22979) Demandante: Empresa de Refractarios Colombianos SAS Demandado: DIAN

8- En lo que respecta a la condena en costas, de conformidad con el ordinal 8.º del artículo 365 del Código General del Proceso solo «habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación». En vista de que en el expediente no existe prueba de su causación, la Sala levantará la condena en costas impuesta en primera instancia y se abstendrá de imponer condena por ese concepto en segunda instancia.

A tal conclusión solo es posible llegar si no se tiene en cuenta que el concepto de agencias en derecho, es apenas uno de los componentes de las costas procesales, y alude **una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses**. De allí que deba deducirse que las costas procesales contemplan otros valores de diferente naturaleza: los gastos procesales que se relacionan con valores que la parte debe “invertir”, para poder “armar” el expediente y adelantar el proceso, gastos ajenos al agenciamiento profesional en derecho.

De manera que afirmar que un proceso judicial en el que es menester adelantar una gestión profesional, sin adquirir la obligación para con el togado (ténganse en cuenta las excepciones a dicha representación judicial mediante abogado), es un despropósito, ya que el juez tiene en frente de sus ojos, un expediente judicial en el

cual consta que las partes acudieron a los servicios de los profesionales del derecho para preparar gestiones previas a la iniciación el proceso como conciliaciones, averiguaciones probatorias y de otro orden, presentar la demanda, o su contestación, gestionar las notificaciones a sus contrapartes y demás sujetos procesales, descorrer los diversos traslados, acudir a audiencias y diligencias, interponer recursos, solicitar otros trámites como los incidentales, hacer seguimiento al avance del proceso, etc. En fin, siempre al llegarse a la sentencia, se hace evidente como que al amanecer sale el sol, que la parte vencedora realizó gestión procesal, como para que se diga que las agencias en derecho no aparecen comprobadas.

Las agencias en derecho, son pues los costos económicos que debe asumir la parte, para realizar en su favor las tareas profesionales que, en principio, solo quien tiene tales estudios está autorizado a adelantar (salvo excepciones legales). Valga anotar que las agencias en derecho inclusive se causan aún en el proceso en que se litigue sin apoderado (Art. 366-3 CGP).

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (<https://dle.rae.es/agencia#otras>), el vocablo agencia se define:

1. f. **Oficio o encargo de agente.**
2. f. Oficina o despacho del agente.
3. f. Empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o a prestar determinados servicios. *Agencia de publicidad, de noticias.*
4. f. Sucursal o delegación subordinada de una empresa. *El banco tiene tres agencias en el pueblo.*
5. f. Organización administrativa especializada a la que se confía la gestión de un servicio. *Agencia Tributaria, de Medio Ambiente.*
6. f. *Filip.* **casa de empeño.**
7. f. p. us. Diligencia, solicitud.

Con la claridad semántica anterior, se ha de interpretar, sin hesitación, que la expresión legal usada por el CGP, “agencias en derecho” refiere a la primera acepción del término, esto es, connota la acción de ejercer el oficio o encargo por parte un agente que desempeña su gestión en las lides propias de un proceso judicial.

Así, no halla este juzgador la manera de entender que el proceso puede llegar a su fin en la sentencia- generalmente-, sin tal gestión procesal innata al adelantamiento del trámite, con la ayuda de quien haga las veces de agente, y aunque sea la misma parte la que pueda diligenciar sus propios intereses, cuando legalmente le es permitido.

Por manera que lo que no se comprueba en un expediente al momento de resolver sobre la condena en costas, podrá ser el monto que la parte pactó o sufragó previa o concomitantemente al otorgamiento del poder para su agenciamiento judicial, como tampoco están, en ese momento, escrutados y comprobados los valores causados por otros gastos procesales diferentes a las agencias.

Pero es que lo que debe tener demostrado el juez para proceder a la condena de las costas en lo referido a este componente -las agencias en derecho- no es su valor, sino la causación de la gestión. Y para ello bastará con tener en el expediente, como mínimo, el libelo introductor, si es el demandante el vencedor; o el apoderamiento o asunción de su condición de demandado con la inicial gestión en su favor, si es él quien triunfó en el proceso; basta con esas piezas procesales para deducir la causación de agencias en derecho. Justamente ahí está la razón de ser de lo dispuesto por el artículo 366 del CGP en su numeral 4, ya que el monto o valor de las agencias, depende de la cantidad y calidad de la gestión, y de ahí se deriva legal y razonablemente que a mayor gestión, mayor monto de agencias en derecho, y a menor gestión, menor su tasación, pero nunca es posible cero monto de agencias, porque siempre habrá gestión.

Entonces, el valor de las agencias en derecho se regula, no por cuánto pagó la parte a su agente procesal, sino por las tarifas reguladas en los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, y con los criterios determinados en las normas que en este pronunciamiento se han citado.

Para este juzgador, la condena en costas, conforme al art. 365 del CGP, se debe imponer a la parte vencida -criterio objetivo- y por tal razón no hay lugar a la analizar la actuación de las partes para deducir su buena o mala fe, o temeridad (criterio subjetivo). Entonces el juzgador primero resuelve si condena o no en costas. El criterio valorativo alude a la cantidad y calidad de la gestión.

Desde el punto de vista de los momentos en que tales pronunciamientos del juez se deben hacer -su cronología- las normas también tienen su razón de ser, pues en un primer momento se determina si se condena o no en costas a alguna de las partes, según se acaba de afirmar, y ello se resuelve con base en los derroteros fijados por el legislador (art. 365 CGP).

Después, el secretario hace la liquidación (CGP Art. 366-3 parte inicial). Luego se fijan las agencias en derecho, el juez o magistrado, en obediencia estricta a lo dispuesto en la parte final debe determinar el monto de **“las agencias en derecho que fije <...>, aunque se litigue sin apoderado”**.

En resumen, para tasar las costas, debe verificarse de manera objetiva dos aspectos cardinales al interior del expediente: **(i) Los gastos procesales**, que deben aparecer perfectamente acreditados, y ellos se constituyen por erogaciones que tuvieron que efectuar las partes del proceso, y con ocasión de él, y se refieren a conceptos como copias, desgloses, certificaciones, autenticaciones, notificaciones, aranceles judiciales, traslados de testigos o partes, peritajes, desplazamientos de servidores y auxiliares de la justicia a diferentes diligencias, etc. y **(ii) las agencias en derecho**.

Ahora, se deja claro eso sí, que según las mismas normas del CGP citadas, lo que puede suceder perfectamente, es que ante determinadas situaciones legalmente definidas, puede el juez abstenerse de condenar en costas, pero esas circunstancias conllevan es a que no le liquiden ni gastos procesales ni agencias en derecho. Desaparecido el todo, no hay que mirar a sus partes.

Este ítem de las costas procesales ha implicado una mayor complejidad para su comprensión, pues a la hora de pronunciarse y tasarlas, se ha dicho que no se encuentran comprobadas.

Para este funcionario judicial, el tema no debiera presentar mayores problemas, pues para su fijación debe aplicarse según la fecha de inicio del proceso, el Acuerdo 1887 de 2003 o el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura. Esas regulaciones autorizan al juez, según los varios tipos de procesos, a establecer las agencias dentro de unos parámetros (mínimo y máximo) que se fijan.

Nótese cómo el numeral 4 del artículo 366 del CGP dice:

ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

...

4. **Para la fijación de agencias en derecho** deberán aplicarse **las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura**. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. (Se resalta).

La forma como se regulan entonces en la norma legal y en los dos acuerdos citados, las agencias en derecho, no permiten que el juez deba mirar si la parte hizo alguna erogación económica antes (obviamente tampoco después) de la gestión procesal. Solo debe aparecer comprobado que hubo gestión procesal, pues el monto de las agencias no se rige por la tarifa de honorarios profesionales o por los honorarios pactados, sino por los parámetros fijados en los citados acuerdos, y en el artículo del CGP acabado de transcribir parcialmente.

Así las cosas, debe acudirse entonces a lo dispuesto en el referido artículo, cuando establece que el juez tendrá en cuenta además la **(i) naturaleza, (ii) calidad y (iii) duración** de la gestión realizada por **el apoderado o la parte que litigó personalmente**, **(iv)** la cuantía del proceso y **(v)** otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Sirvan estos argumentos para apartarse este funcionario de aquellas decisiones que en los Honorables Consejo de Estado y Tribunal Administrativo de Caldas resuelven no condenar en costas al considerar que no se causaron, pues se reitera, en todos los procesos se causan costas, por el simple hecho de la gestión adelantada por las partes para llegar a la decisión que resuelve la litis.

El Tribunal Administrativo de Boyacá recientemente hizo un pronunciamiento al respecto, en el proceso 15001-3333-008-2018-00083-01 - sentencia del 22 de abril de 2020, que contiene argumentos que este juzgador comparte plenamente, y que en aras de la brevedad no transcribiré más que lo que a continuación se cita:

En el presente caso, encuentra la Sala que la Juez de primera instancia se abstuvo de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada acudiendo para ello a lo señalado a las reglas fijadas en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, porque consideró que no aparece probada su causación.

Al respecto debe indicar la Sala que en este caso nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 5 del artículo 365 del CGP¹⁰, por cuanto prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda. Sin embargo, como lo ha precisado el Consejo de Estado, estas circunstancias deben analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Una vez revisado el expediente, a juicio de la Sala, la decisión adoptada por la a quo en cuanto a no condenar en costas a la parte vencida, amerita ser revocada, por cuanto a efectos de su imposición no se adoptó debidamente el criterio objetivo valorativo, actualmente vigente en ésta materia, por cuanto no se tuvo en cuenta que en el expediente se evidencia la causación, específicamente en relación con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad realizada por el apoderado judicial de la parte actora.

En el presente caso se advierten pruebas que demuestran y justifican la imposición de la condena en costas y agencias en derecho; al respecto se observa, que el aparato judicial debió moverse para resolver el asunto de la referencia, por cuanto la demandante debió contratar los servicios de un abogado que entablara en su nombre la respectiva demanda en procura de representar sus intereses, sufragar los gastos de notificación al igual que debió contestar las excepciones presentadas por la entidad demandada, actuar en la audiencia inicial celebrada el 09 de julio de 2018 y en la audiencia de pruebas celebrada los días 11 de febrero y 14 de mayo de 2019, así mismo con la presentación de alegatos de conclusión en primera instancia .

Teniendo en cuenta lo expuesto, concluye la Sala que procede la imposición de condena en costas y agencias en derecho en contra de la parte demandada por el trámite procesal de primera instancia, en aplicación al criterio objetivo-valorativo que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el Código General del Proceso rige su imposición, en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, el juzgado considera que debe condenarse en costas, salvo ***“cuando prospera parcialmente la demanda”***, caso en el que ***“el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*** (CGP art. 365-5).

En este tipo de procesos es visible que cada parte debe asumir para defender sus posiciones, los costos que acarrearán los trámites relativos al apoderamiento judicial, la asistencia a las audiencias de conciliación administrativa y las gestiones y actuaciones propias del proceso judicial, y demás actos a los que debieron dedicar sus esfuerzos y recursos financieros, administrativos, logísticos y de tiempo, que ameritan la condena en costas. Las agencias en derecho como solo pueden ser perceptibles en el expediente una vez el juez condene en costas, y cuando adopta tal decisión las fija con base en el acuerdo PSAA16 10554 de 2016. Este juzgador no

afirmará que no se observa que se hayan causado agencias, como componente de las costas que son, cuando la actividad procesal sí es evidente, y solo al decidir la condena en costas valorará el monto de las agencias. Una vez que dicha condena se abra paso, y fijadas las agencias se liquidarán las costas, con la totalidad de los conceptos que las componen, liquidación en la que se deben tener, ahí sí, los gastos, expensas y agencias por el monto que aparezcan comprobados en el expediente.

Como en el presente caso las pretensiones en lo económico tuvieron una prosperidad en términos porcentuales del 79%, entonces, habida cuenta de los resultados del proceso el juzgado considera del caso CONDENAR EN COSTAS a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – FNPSM. Por agencias en derecho se fija una suma correspondiente al 6% de las pretensiones, que corresponde a los rangos determina el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y que equivale al monto de \$ 239.067.

Por lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ACCEDER a las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD del acto presunto, derivado de la petición presentada el 29/06/2018 por Franciny Vargas Sánchez.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se condena al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que reconozca, liquide y pague la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo con base en el salario que la parte actora devengó en el año de causación de la sanción, incluyendo los días citados a continuación a Franciny Vargas Sánchez. Desde el 01/02/2017 hasta el 26/03/2017 para un total de **53 días** de los 67 pedidos.

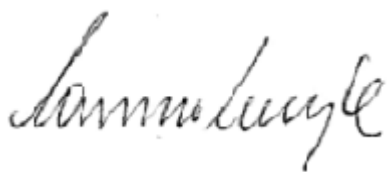
NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – FNPSM. Por agencias en derecho se fija una suma correspondiente al 6% de las pretensiones, que corresponde a los rangos determina el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y que equivale al monto de \$ 239.067.

CUARTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en los artículos 192 y siguientes del CPACA.

QUINTO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en los programas informáticos con que cuenta el juzgado. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

Notifíquese,



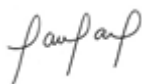
CARLOS MARIO ARANGO HOYOS

Juez

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
MANIZALES – CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La providencia anterior se notifica en el Estado No. del

7 de diciembre de 2020



PAULA ANDREA HURTADO DUQUE

Secretaria

